

FORBRUKERENS STILLING VED AVTALEINNGÅELSE PÅ INTERNETT

Kandidatnr: 260

Veileder: Trygve Bergsåker

Leveringsfrist: 26.04.2004. V-04

Til sammen 17927 ord

21.04.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>RETTSKILDEBRUK</u>	<u>3</u>
<u>3</u>	<u>PRESENTASJON AV EHANDELSLOVEN</u>	<u>4</u>
<u>4</u>	<u>FREMGANGSMÅTEN VED KJØP PÅ INTERNETT</u>	<u>4</u>
<u>5</u>	<u>OPPLYSNINGSPLIKTEN I EHANDELSLOVEN</u>	<u>6</u>
5.1	TJENESTEYTERENS OPPLYSNINGSPLIKT OM VIRKSOMHETEN (§ 8)	6
5.1.1	HVORDAN OPPLYSNINGENE MÅ GÅ FREM	6
5.1.2	TILLEGGSOPPLYSNINGER SOM MÅ GIS	7
5.1.3	TILLEGGSOPPLYSNINGER SOM MÅ GIS I VISSE TILFELLER	7
5.1.4	UNNTAK FRA OPPLYSNINGSPLIKTEN	7
5.2	TJENESTEYTERENS OPPLYSNINGSPLIKT VED ELEKTRONISK MARKEDSFØRING (§ 9)	8
5.2.1	FORHOLDET TIL MARKEDSFØRINGSLOVEN	8
5.2.2	KRAV TIL OPPLYSNING OM MARKEDSFØRING OG HVILKE VILKÅR SOM GJELDER	8
5.2.3	KRAV TIL PRISOPPLYSNINGER	8
5.3	OPPLYSNINGSPLIKT FØR ELEKTRONISK BESTILLING (§ 11)	9
5.3.1	KRAV TIL PRESENTASJONEN	9
5.3.2	INNHODET I OPPLYSNINGENE	9
5.3.3	KRAV TIL VILKÅRENE	10
5.3.4	UNNTAK	10
<u>6</u>	<u>PRIVATRETTEEN OG EHANDELSDIREKTIVET</u>	<u>11</u>
6.1	NORSK RETT	11

6.2	UTENLANDSK RETT	12
6.3	TOLKNING AV DIREKTIVET	13
6.3.1	LITTERATUR OM DIREKTIVETS MENING	14
6.3.2	DIREKTIVETS PREAMBEL	16
6.3.3	KOMMISJONENS RAPPORT	17
6.4	ER DIREKTIVETS KRAV TIL SANKSJONER OVERHOLDT I NORGE?	18
6.4.1	KRAVET TIL EKVIVALENS	19
6.4.2	KRAV TIL SANKSJONENE I ART. 20	20
7	<u>ELEKTRONISK AVTALEINNGÅELSE</u>	<u>23</u>
7.1	DE TRADISJONELLE REGLER FOR BINDING	23
7.2	BINDING PÅ INTERNETT	24
7.2.1	HVA UTGJØR TILBUDET?	24
7.2.2	FREMKOMST AV LØFTE/PÅBUD	26
7.2.3	KOMMET TIL KUNNSKAP	27
7.3	TIDSPUNKTET FOR BINDING	29
8	<u>AVTALENS INNHOLD</u>	<u>31</u>
8.1	HVA OMFATTES AV AVTALEN?	31
8.1.1	WEB-WRAP AVTALER	32
8.1.2	HYPERLINKS	34
8.2	REKLAMENS BINDEDE VIRKNING	35
8.2.1	DEN AVTALERETTSLIGE KOMPETANSE	36
8.2.2	AVGIVERS RISIKO FOR EGNE UTSAGN	37
8.2.3	ADRESSATENES OPPFATTELSE AV UTSAGNET	37
8.2.4	AVSLUTTENDE UTSAGN OM REKLAMENS BINDEDE VIRKNING	39
9	<u>SANKSJONER</u>	<u>41</u>
9.1	OVERHOLDELSE AV OPPLYSNINGSPLIKTEN SOM VILKÅR FOR BINDING?	41
9.2	AVTALELOVEN § 33	42
9.2.1	GENERELT OM § 33	43
9.2.2	§ 33 OG OPPLYSNINGSPLIKT	44
9.2.3	OPPLYSNINGSPLIKTENE I EHANDELSLOVEN I FORHOLD TIL UGYLDIGHET OG § 33	45
9.3	AVTALELOVEN § 36	47

9.4	KAN MISLIGHOLDSSANKSJONER BENYTTES?	48
9.4.1	FORHOLDET TIL KONTRAKTSRETTLIG OPPLYSNINGSPLIKT	50
9.4.2	FORHOLDET TIL ANGRERETTLOVENS OPPLYSNINGSPLIKTER	51
9.4.3	VILKÅR FOR MISLIGHOLDSSANKSJONER	52
9.4.4	ANVENDELSE AV ALMENE OBLIGASJONSRETTLIGE REGLER	53
9.4.5	MANGELSVURDERING ETTER FORBRUKERKJØPSLOVEN	55
9.4.6	MANGELSVURDERING ETTER KJØPSLOVEN	56
9.5	ANGRERETT	57
9.6	FORBRUKERKJØPSLOVEN	58
<u>10</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>59</u>
<u>11</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>61</u>

1 Innledning

Jeg har valgt forbrukerens stilling ved avtaleinngåelse på internett som tema for denne oppgaven. Bakgrunnen for det er den økende betydning av internett i samfunnet. Man får i dag kjøpt det meste over nettet, og flere benytter seg også av internett for å kjøpe varer eller tjenester. Det er en måte å inngå avtale på som avviker fra den tradisjonelle. Jeg antar derfor at en slik avtaleinngåelse reiser en rekke problemstillinger i forhold til det regelverket vi har på avtale- og kontraktsrettens område, og vil se på dette med tanke på forbrukeres rettigheter når de handler over nettet. Det har også kommet en lov om handel på internett (ehandelsloven) som oppgaven i stor grad vil dreie seg om. Jeg vil se på om denne gir forbrukeren noen flere rettigheter ved avtaleinngåelse på internett. Denne loven fremstår som en offentligrettslig lov, og jeg ønsker å finne ut hvorvidt privatrettslige sanksjoner, derunder misligholdssanksjoner kan anvendes ved brudd på opplysningspliktene i loven. Forbrukere blir også utsatt for markedsføring på nettet, og selv om dette ikke er spesielt for internett, vil jeg ta opp om markedsføringen kan binde tjenesteyteren.

Som bakgrunnsinformasjon nevner jeg at mange av de avtaler som inngås over nettet ofte kalles "click-wrap-avtaler" eller "web-wrap-avtaler". Bakgrunnen for navnet var noe som ble kalt "shrink-wrap-avtaler". Tidligere ble programvare pakket i pappbokser som var omsluttet av krympeplast. Slik emballering med krympeplast ble omtalt som "shrink-wrap" og begrepet spredte seg. Når kjøperen brøt plastforseglingen og tok ut diskettene med programvare fant han også mange sider med avtalevilkår. Kjøperen hadde stort sett ikke noe annet valg enn å akseptere vilkårene fordi han allerede hadde kjøpt produktet. Som følge av dette fulgte en juridisk diskusjon om hvorvidt kjøper var bundet av vilkårene han ikke hadde hatt noen innvirkning på. Etter hvert som avtaler nå også inngås på internett har man sett at mange av de samme argumentene gjør seg gjeldende for slike avtaler. Ofte inngås avtaler på internett ved hjelp av et enkelt "click".

Derav navnet ”click-wrap-avtaler”. Betegnelsen ”web-wrap-avtaler” er nyere og betyr akkurat det samme.¹

Det er også nødvendig å nevne noen definisjoner av enkelte begreper i ehandelsloven. Det ”koordinerte regelområdet” innebærer nasjonale regler som stiller krav til en informasjonssamfunnstjeneste og til tjenesteyter når det gjelder etablering og drift av informasjonssamfunnstjenester. ”Etableringslandsprinsippet” innebærer at en tjenesteyter skal innenfor det koordinerte regelområde følge den rettslige reguleringen i det land der denne er etablert, og overvåkes av myndighetene i dette landet.²

Jeg må gjøre en rekke avgrensninger, da avtaleinngåelse på internett også har sider mot andre emner som vil bli for vidtgående å behandle her. Jeg avgrenser derfor mot opphavsrettigheter på internett, personvern og interlegal rett. Jeg vil kun ta for meg det avtale- og kontraktsrettslige ved internettavtaler, sanksjoner og avtalens innhold, og avgrenser også mot andre direktiver når det gjelder forbrukerbeskyttelse enn ehandelsdirektivet.

Hovedproblemstillingene mine er følgende:

- Har ehandelsloven privatrettslige virkninger?
- Hva skal til for at bindende avtale er inngått?
- Reklamens bindende virkning på internett
- Kan misligholdssanksjoner brukes ved brudd på ehandelsloven?

Jeg vil først kort presentere ehandelsloven og innholdet i opplysningsplikten i denne loven. Deretter vil jeg ta for meg om privatretten er utelukket fra direktivet, og elektronisk avtaleinngåelse i forhold til de tradisjonelle regler for avtaleinngåelse. Jeg vil så ta for meg hva som omfattes av avtalen, derunder reklamens bindende virkning, og til slutt hvilke sanksjoner en forbruker har til rådighet, derunder om misligholdssanksjoner kan benyttes.

¹ Jarbekk og Foss. E-handel, internett og juss. s. 35

² Ot.prp.nr.31 (2002-2003) punkt 5.

2 Rettskildebruk

Jeg har tatt utgangspunkt i lovteksten og tatt i bruk forarbeidene og rettspraksis der det har vært relevant materiale i disse for mine problemstillinger. Det som er spesielt for rettskildebruken i denne oppgaven er at den i stor grad er basert på juridisk litteratur da det ikke er mye å hente om disse spørsmålene i verken rettspraksis eller forarbeider. Med unntak av informasjonen om opplysningspliktene i ehandelsloven som er basert på forarbeidene, og hvor det ikke fantes litteratur om tolkningen av det konkrete innhold i disse pliktene.

Det finnes i tillegg lite norsk litteratur om flere av problemstillingene, slik at oppgaven i hovedsak bygger på utenlandsk litteratur. Men da i størst grad svensk og dansk litteratur, som jeg mener er relevant i forhold til den norske avtale- og kontraktsretten fordi denne i stor grad er sammenfallende i Norge, Sverige og Danmark. Jeg har også benyttet meg av dansk rettspraksis på dette området fordi den er illustrerende for rettstilstanden i Danmark, og det dreier seg om rettspraksis i forhold til likelydende regler som man kan tenke seg vil få samme løsning i Norge.

Den svenske og danske litteraturen er også relevant i forhold til ehandelsdirektivet, fordi direktivet er likelydende for alle landene. I den forbindelse har jeg også benyttet svenske og danske forarbeider for å se på hvordan disse landene har tolket direktivet.

Når det gjelder bruken av dommer fra EU-domstolen og andre EU-kilder, har jeg valgt å tolke direktivet ut ifra synsvinkelen om hvordan en norsk domstol ville gjort det. For informasjon om metode ved tolkning av direktiver viser jeg til EØS-rett av Sejersted mfl.

3 Presentasjon av ehandelsloven

Lov 2003-05-23 nr 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven) ble vedtatt i juli 2003, og er en gjennomføring av et EØS-direktiv for å sikre fri bevegelighet for informasjonssamfunnstjenester. Loven omfatter informasjonssamfunnstjenester, og definisjonen av dette er ” enhver tjeneste som vanligvis ytes mot vederlag, og som formidles elektronisk, over avstand og på individuell anmodning fra en tjenestemottaker”, jf. § 1a.

Loven innebærer at en tjenesteyter skal følge etableringslandets lovregler, med unntak for forbrukere som har krav på at loven der de selv er bosatt følges av tjenesteyter, jf. §§ 4 og 6c. Det interessante for meg i denne oppgaven er at loven pålegger tjenesteyter visse opplysningsplikter som jeg vil ta for meg i oppgaven. Pliktene gjelder for virksomheten generelt, markedsføringen og før avtaleinngåelse, jf. §§ 8, 9 og 11. Loven regulerer selv ingen sanksjoner ved brudd på loven, annet enn at vedtak kan treffes av Markedsrådet. Jf § 13.

4 Fremgangsmåten ved kjøp på internett

En website til en selger kan inneholde informasjon om selgerens produkter, og mange websites gir kjøperen mulighet til å kjøpe produktet over nettet. Måten dette skjer på er at kjøper fyller ut en elektronisk bestillingsblankett på websiten med opplysninger om kundens navn, adresse, mailadresse, kortnummer og kortets utløpsdato. Bestillingsblanketten sendes til selgeren via nettet. Kjøper skal så få en

bestillingsbekreftelse på mail i medhold av ehandelsloven. Kjøper mottar deretter varen pr post eller eventuelt elektronisk dersom varen er digital, f.eks musikk eller edb-programmer.

5 Opplysningsplikten i ehandelsloven³

5.1 Tjenesteyterens opplysningsplikt om virksomheten (§ 8)

5.1.1 Hvordan opplysningene må gå frem

En tjenesteyter har plikt til å gi informasjon som navn, adresse og elektronisk postadresse tilgjengelig på en enkel og direkte måte. I forarbeidene til ehandelsloven nevnes at det ikke er nok at informasjonen finnes på startsidene, fordi man fra andre lenker kan havne andre steder enn startsidene. Slik jeg forstår dette må enten informasjonen ligge direkte, eller det må i det minste finnes en peker til denne informasjonen fra alle sider det er mulig å havne direkte på.

Men det påpekes at det kan være vanskelig å oppfylle der tjenestemottaker har en liten skjerm. Opplysningsplikten må tolkes slik at hensynet til teknologinøytralitet veies opp mot forbrukervernet⁴. Slik at informasjonskravene blir ulik ut ifra hvilke medier tjenestemottaker benytter. Ved liten skjerm er det ikke nødvendig at alle opplysningene i § 8 gis på samme plattform som hoveddokumentet, men kan tilpasses de tekniske mulighetene som terminalen/plattformen tilbyr. Når mottakeren har en liten skjerm vil opplysningsplikten være overholdt så lenge opplysningene er tilgjengelige på en klar, forståelig og utvetydig måte. Hva dette innebærer kan nok reise enkelte tolkningsspørsmål. Men det er i hvertfall sagt sikkert at det ikke er nødvendig at informasjonen ligger direkte på siden man klikker seg inn på. For at opplysningene skal være enkelt tilgjengelige vil jeg tro at det må kreves at det i det minste finnes en peker på disse sidene selvom de mottas av en liten skjerm. Dette fordi jeg vanskelig kan

³ Kilden i dette avsnittet er Ot.prp.nr 31 (20002-2003) punkt 12, med mindre annet er særskilt nevnt.

⁴ Ot.prp.nr. 31 punkt 12.2

forestille meg hvordan informasjonen kan være enkel og direkte tilgjengelig uten en gang en peker.

5.1.2 Tilleggsopplysninger som må gis

Det er ikke bare navn, adresse og epost det skal opplyses om. I tillegg skal firmaets foretaksregistrering nevnes, organisasjonsnummer og om firmaet er merverdiavgiftspliktig, og eventuelle godkjenninger som kreves for virksomheten. Men disse vil jeg ikke komme nærmere inn på da jeg anser disse pliktene for mer rettet mot kontroll fra myndighetenes side enn mot forbrukere.

5.1.3 Tilleggsopplysninger som må gis i visse tilfeller

Annet ledd regulerer opplysninger som skal gis der yrkesvirksomheten er avhengig av diplom eller utdanningsbevis. Det kreves da at tjenesteyteren gir opplysninger om yrkestittel og hvor den er utstedt, hvilke regler som gjelder for dennes yrkesmessige opptreden og hvor man kan få tilgang på reglene. Hvis det kreves at tilleggsopplysninger skal gis, må de være tilgjengelige på samme måte som navn, adresse og epost.

5.1.4 Unntak fra opplysningsplikten

Når det gjelder hvem som er pliktig til å gi slik informasjon er definisjonen av tjenesteyter snevret inn i forhold til definisjonen i § 3a. Jf. § 8.4. Ehandelsloven § 8.4 unntar tjenesteytere som tilbyr ren videreformidling fra opplysningsplikten. Deres opplysningsplikt reguleres isteden av teleloven. Bestemmelsen får heller ikke anvendelse på hjemmesider som ikke har økonomisk interesse. Det kan f.eks være en privatperson sin egen hjemmeside der personen ønsker å fortelle om seg selv uten at det er noen økonomisk interesse i det.

Opplysningskravene som reguleres i § 8 regulerer ikke opplysningsplikten uttømmende for tjenesteyter. Det kan være tilleggskrav i andre lover som får anvendelse. En tjenesteyter må derfor orientere seg innenfor flere lover for å finne ut av sine plikter.

5.2 Tjenesteyterens opplysningsplikt ved elektronisk markedsføring (§ 9)

5.2.1 Forholdet til markedsføringsloven

Opplysningsplikten etter denne bestemmelsen antas allerede å være oppfylt etter markedsføringsloven i følge Ot.prp, men er innført fordi EØS-avtalen muligens krever en tydeligere regulering. Jeg antar derfor at mulig tolkningstvil i denne bestemmelsen kan løses slik det er løst gjennom praksis etter markedsføringsloven.

5.2.2 Krav til opplysning om markedsføring og hvilke vilkår som gjelder

Det første kravet i bestemmelsen er at det skal gå klart frem hvem det markedsføres for. Jeg antar at dette ikke reiser noen problemer. Dersom markedsføring sendes som uanmodet epost skal det gå frem at den inneholder markedsføring. Dette må innebære at man skal kunne se at det er markedsføring før man åpner mailen. I bestemmelsen ser det ut til at det kun er uanmodet epost det må fremgå at er markedsføring, men i tredje ledd er det et krav om at reklametilbud lett skal kunne identifiseres. Dette innebærer det samme som at markedsføring skal fremstå som markedsføring, slik at det uansett må fremgå at det dreier seg om markedsføring. Videre er det et krav at det må opplyses om vilkårene for tilbudene på en klar og lett tilgjengelig måte. Hva som er klart og lett tilgjengelig kan by på tolkningstvil, men det må i hvert fall være oppfylt dersom en lenke til vilkårene er tilgjengelig i skjermbildet.

5.2.3 Krav til prisopplysninger

Dersom pris er angitt skal det også opplyses om avgifter og leveringsomkostninger. Etter forbrukerombudets praksis⁵ godtas det at den spesifikke summen ikke kan angis dersom den er avhengig av betaling - og leveringsmåten og leveringssted. Men de krever da at fraktomkostningene opplyses om ut ifra leveringsmåte og vekt. I forbrukerforhold kreves det at totalkostnadene inklusive avgifter og leveringspris skal

⁵ Forbrukerombudet. E-handel – sammendrag av praksis m.m.

angis. Jeg går ut ifra at de samme kravene vil gjelde til fraktkostnadene dersom den er en variabel. Dersom det dreier seg om et konkurransefremmende spill skal dette lett kunne identifiseres. Det kreves at man får vite hvilke forpliktelser det innebærer å være med i en slik konkurranse.

5.3 Opplysningsplikt før elektronisk bestilling (§ 11)

5.3.1 Krav til presentasjonen

Før avtaleinngåelsen har tjenestemottakeren krav på en rekke opplysninger fra tjenesteyter. Disse opplysningene skal gis på en klar, forståelig og utvetydig måte. Her gjør hensynet mellom forbrukervernet og teknologinøytralitet seg gjeldende igjen. I forarbeidene sies det at dette må løses ved å stille forskjellige krav ut ifra hvilke medier tjenestemottaker benytter. Det vil da innebære at forbrukervernet svekkes til fordel for teknologinøytraliteten dersom forbruker benytter medium med liten skjerm. Dette fordi det i følge forarbeidene kreves at informasjonen ligger direkte eller er direkte tilgjengelig ved hjelp av kun et klikk ved bruk av stor skjerm, mens det ved liten skjerm ikke kreves at opplysningene er direkte tilgjengelige. Man kan si at det svekker forbrukervernet ved bruk av liten skjerm, men samtidig kan forbrukeren muligens hevde at vilkårene ikke er vedtatt hvis veien til dem er for kronglete.

I følge Forbrukerombudets retningslinjer⁶ må avtalevilkårene komme frem under en lenketekst slik at man skjønner at det er avtalevilkår det dreier seg om. Det vil si at de mener at det ikke holder å ha vilkårene under en ”kontakt” lenke, men at den må lyde på ”betingelser” eller lignende.

5.3.2 Innholdet i opplysningene

Opplysningene som skal gis er følgende: Det skal opplyses om adferdsregler som tjenesteyter følger og hvor man kan finne disse, og de forskjellige tekniske etappene som er knyttet til avtaleinngåelsen. Jeg antar at det siste er et krav om at forbrukeren

⁶ Forbrukerombudet. E-handel – sammendrag av praksis m.m

skal vite på hvilket tidspunkt han binder seg. Det skal også opplyses om en inngått avtale vil bli arkivert av tjenesteyteren og om den vil være tilgjengelig. Videre skal tjenestemottaker få vite om de tekniske midlene til å finne og rette inntastingsfeil før bestilling skjer, og til slutt hvilke språk avtalen kan inngås på.

Inntastingsfeil skal kunne oppdages og rettes på en enkel måte før avtaleinngåelse, det stilles derfor krav til at tjenesteyteren har tilrettelagt avtaleinngåelsen slik at det er mulig. Kravet har utelukkende til formål at bestillingsløfter innrettes i praksis slik at feilinntastinger unngås.⁷

5.3.3 Krav til vilkårene

Avtalens vilkår skal gjøres tilgjengelig for tjenestemottakeren på en måte som gjør det mulig å lagre og gjengi dem. I dette må det ligge en forutsetning om at vilkårene skal gjøres kjent for tjenestemottaker før avtaleinngåelse. Jf. Overskriften sammenholdt med 2. ledd. Hva ”tilgjengelig” innebærer sies det ikke noe om. Markedsføringsloven krever etter forbrukerombudets mening⁸ at vilkårene skal presenteres på en klar og tydelig måte før avtaleinngåelsen. Nettstedet bør da være bygget opp slik at forbrukeren har mulighet til å gjøre seg kjent med vilkårene før avtaleinngåelsen enten direkte eller kun ved ett klikk.

5.3.4 Unntak

For avtaler som inngås ved elektronisk post/ individuell kommunikasjon gjelder ikke denne bestemmelsen, og overfor forbruker kan bestemmelsen fravikes ved slike individuelle avtaler. For å avgjøre om det dreier seg om individuell kommunikasjon skal det i følge forarbeidene ses på kanalene som benyttes for presentasjon og ikke på innholdet i avtalen. Men ved forsøk på omgåelse av opplysningskravene kan tjenesteyteren likevel være forpliktet til å oppfylle pliktene.

⁷ Karstoft. EU-direktivforslaget om elektronisk handel. I: Juristen nr. 7 – 2000 s. 257

⁸ Forbrukerombudet. E-handel – sammendrag av praksis m.m

6 Privatretten og ehandelsdirektivet

Problemstillingen jeg vil ta opp her er hvorvidt privatrettslige sanksjoner, slik som f.eks misligholdssanksjoner, ugyldighet og erstatning, kan brukes ved brudd på ehandelsloven. Jeg vil først se på hvordan sanksjoneringen ved brudd på ehandelsloven er regulert i Norge, i neste avsnitt vil jeg se på hvordan det er regulert i utenlandsk rett, og deretter vil jeg se på om direktivet selv krever anvendelse på privatrettens område. Til slutt vil jeg se på om direktivets krav til sanksjoner er overholdt slik Norge har sanksjonert brudd på direktivet.

6.1 Norsk rett

Første spørsmål er om Norge har gjennomført direktivet til å gjelde på privatrettens område.

Ehandelsloven sier ikke noe om sanksjoner, annet enn at det skal utnevnes kontaktpunkter som man kan henvende seg til blant annet for å få informasjon om klage- og erstatningsordninger og bruken av disse. Kontaktpunktene som er oppnevnt er Forbrukerombudet og Norges eksportråd. Ved brudd kan Markedsrådet treffe vedtak. Men dette utelukker ikke isolert sett at forbrukere ikke kan ta i bruk privatrettslige sanksjoner. I forarbeidene kommer det ikke klart til uttrykk om sivilrettslige sanksjoner kan brukes eller ikke. Som eksempel kan nevnes at Forbrukerrådet foreslår i sin kommentar til høringsnotatet at det ikke er tilstrekkelig med utelukkende offentligrettslige sanksjoner ved brudd på loven, men at det i tillegg må fastsettes sivilrettslige sanksjoner ved brudd på loven.⁹ Dette blir ikke kommentert nærmere av departemenet, slik at om det betyr at det er helt utelukket er vanskelig å si. Dersom det var meningen å utelukke det helt hadde det vært naturlig å tilføye en kommentar til

⁹ Ot.prp.nr.31 (2002-2003) punkt 12.6.2

dette, men på den annen side kan man tenke seg at departementet så det som helt klart at det var utelukket med privatrettslige sanksjoner slik at det ikke var nødvendig å nevne det. Etter samtale med Stian Schilvold fra E-handel hos Forbrukerombudet kom det frem at deres standpunkt er at det ikke kan brukes privatrettslige sanksjoner. Men etter samtale med Thomas Myhre som jobbet med implementeringen av direktivet i Nærings – og handelsdepartementet ble jeg fortalt at departementet ikke hadde tatt noe klart standpunkt til dette. Blant annet fordi det er noe usikkert hva direktivet krever. Dette fordi Danmark har implementert direktivet, men gjort klart at det ikke gjelder på privatrettens område, og det ble negativt mottatt av EU.

Konklusjonen blir at ehandelsloven som utgangspunkt ikke er ment å få anvendelse på privatrettens område, men at det ikke er tatt sikkert standpunkt til dette.

6.2 Utenlandsk rett

Problemstillingen her er som nevnt hvordan utenlandsk rett stiller seg til å la direktivet få anvendelse på privatrettens område.

EU retten gjør det til et nasjonalt anliggende hvordan man vil systematisere implementeringen, herunder om man vil bruke sontringen mellom privatrett og offentlig rett. Men det kreves at et direktiv blir implementert i dets fulle utstrekning.¹⁰

Danmark har utelukket privatretten fra direktivets anvendelsesområde. Ruth Nielsen betviler at den danske fortolkningen av direktivet er riktig, blant annet eksemplifiserer hun det med at direktivet stiller eksplisitte krav til tjenesteyteren vedrørende kontrakter og ansvar. Dette ligger typisk innenfor privatrettens område. Hvis det var meningen at direktivet kun skulle gjelde for offentlig rett er det noe merkelig at man f.eks har unntatt kontraktsforpliktelser i forbrukerkontrakter fra avsenderlandsprinsippets anvendelsesområde.¹¹

¹⁰ Nielsen. E-handelsloven - privatretlig og/eller offentlig lov? I: Julebog 2002 s. 233

¹¹ Heine, Grønæk og Trzaskowski. Internetjura. s. 598

I Sverige har man i forarbeidene forutsatt at direktivet kan omfatte både privatrettslige og offentligrettslige krav. I Lagrådsremissen sies det følgende: ” Enligt regeringen talar mycket för att den bedömning som gjordes i promemorian är riktig. Samtidig är direktivet oklart och någon uttrycklig regel som anger att civilrättsliga frågor inte omfattas av direktivet finns inte. I sista hand är det en uppgift för EG-domstolen att avgöra direktivets innebörd. Den svenska regeringen bör derfor nära ansluta direktivtexten, vilket också är den lagstifningsteknik som valts i de flesta länder.”¹² Men det er heller ikke i den svenske ehandelsloven regulert privatrettslige sanksjoner ved brudd på loven. I den svenske proposisjonen sies det at man kan tenke seg sanksjoner av sivilrettslig art, men at det er fremmed at en avtale skulle bli ugyldig. Noen andre eksempler på sivilrettslige sanksjoner nevnes ikke. Men det sies at sanksjoner skal reguleres av marknadsföringslagen, og at det ikke bør innføres sivilrettslige sanksjoner.¹³ Jeg mener da at den svenske loven heller ikke utelukker at det kan anvendes privatrettslige sanksjoner.

Den tyske justisminister, professor Däubler-Gmelin ga ved fremsettelsen av det tyske forslag til gjennomføring av direktivet en bred tolkning som omfattet det meste av privatreten.¹⁴

Konklusjonen blir at utenlandsk rett heller ikke viser et entydig bilde på om privatreten er omfattet av direktivet eller ikke. Danmark har holdt det utenfor, men det er kritisert. I Sverige er det uklart hva som gjelder, og Tyskland er positive til å gi direktivet anvendelse på privatretenns område.

6.3 Tolkning av direktivet

Problemstillingen i dette avsnittet er om direktivet er ment å få anvendelse på privatretenns område.

¹² Lagrådsremiss. Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster med mer. Stockholm, 7 februari 2002

¹³ Den svenske Regeringens proposition 2001/02:150 punkt 7.6 s. 75-76

¹⁴ Talen kan ses på internett på www.bmj.bund.de/misc/2001/m_07_01.htm.

6.3.1 Litteratur om direktivets mening

Den svenske professoren Christina Ramberg skriver om direktivet at det i utgangspunktet var et forslag om regulering av privatrett, men delen om kontraktsrett ble kritisert. Man endret derfor på artiklene slik at de ikke lenger var klart privatrett, men at de fremsto som verken privatrett eller offentlig rett. Hun mener også at siden det ikke er regulert noen sanksjoner ved brudd er det umulig å vite om meningen er at det skal sanksjoneres med offentlige eller privatrettslige regler.¹⁵

Det eneste direktivet krever av sanksjoner er at de må være virkningsfulle, stå i forhold til overtredelsen og virke avskrekkende. Jf. Art. 20. Virkningssprinsippet innebærer et krav til at sanksjonsreglene ved brudd på EU-regler skal være effektive.

Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at det skal være rimelig forhold mellom rettsbruddet og sanksjonen som anvendes. Det er også et generelt ekvivalensprinsipp, det vil si krav om at sanksjonsreglene ved gjennomføring skal være likeverdige regler av nasjonal opprinnelse.¹⁶ Ramberg fremhever et eksempel i direktivets art. 10 hvor referansen i art. 10 til misligholdsregler indikerer at den er ment å være en privatrettslig regel siden det er umulig å implementere regelen som en misligholdsregel hvis den ikke er en privatrettslig regel.¹⁷ Europaparlamentet har eksplisitt uttalt at direktivet omfatter privatretten før Parlamentet aksepterte EU Rådets forslag. Hvis man tolker privatretten ut av direktivet innebærer det at man ikke respekterer Parlamentets andel av lovgivningsmakten i EU.¹⁸

Det ble samarbeidet mellom de nordiske land om implementeringen av direktivet. Holdningen som utviklet seg i dette samarbeidet gikk ut på å fortolke det koordinerende området til kun å gjelde offentlig rett. Nielsen mener dette er en innskrenkende fortolkning av direktivet, og en utvidet tolkning av unntakene, som strider mot

¹⁵ Ramberg. The E-commerce directive and formation of contract in a comparative perspective. I: Legal aspects of electronic commerce. s. 32

¹⁶ Nielsen. E-Handelsret. s. 205

¹⁷ Ramberg. The E-commerce directive and formation of contract in a comparative perspective. I: Legal aspects of electronic commerce. s. 46

¹⁸ Nielsen. E-handelsret. s. 74-75

grunnleggende EU rettslige fortolkningsprinsipper.¹⁹ Et eksempel på en sak fra EU domstolen som har overføringsverdi er Dubois-saken. Saken dreide seg om en avtale mellom en privat virksomhet som drev en internasjonal fraktterminal, og en speditør som benyttet seg av fraktterminalen. Speditøren transporterte på eget ansvar og i eget navn varer for sine kunders regning og påtok seg blant annet tollbehandling. Speditøren leide kontorer av fraktterminalen og benyttet vei- og jernbanefasiliteter som fraktterminalen hadde. I følge avtalen mellom fraktterminalen og speditøren skulle speditøren utover leie til fraktterminalen betale en "taxe de passage", for hvert kjøretøy i internasjonal transit som var gjenstand for tollbehandling for fraktterminalen. Forbudet mot avgifter med tilsvarende virkning etter nåværende EF art. 23 og 25 fikk anvendelse på den avtalebaserte "taxe de passage" mellom to private parter, slik at avtalen ble ansett traktatstridig.²⁰ Dette viser at EU retten også gjelder krav mellom private parter, og ikke er begrenset til kun å gjelde det offentlige.

I de danske forarbeidene blir det argumentert for å forstå e-handelsdirektivet som et direktiv som kun gjelder offentlig rett. Men det sies der at det er innbyrdes motstrid i direktivet og at det er tolkningstvil om denne avgrensningen. Danmark støtter sin fortolkning av at direktivet kun gjelder offentlig rett på følgende: Direktivets art. 1, stk 4 sier at direktivet ikke innfører nye internasjonale privatrettslige regler. Preambelens punkt 23 sier at direktivet ikke har til formål å oppstille ytterligere internasjonale privatrettslige regler om lovkonflikter, og at den internasjonale privatrett ikke innskrenker adgangen til å levere informasjonstjenester som fastsatt i direktivet. Danmark oppfatter art. 1 stk. 4 til hinder for en utvidet tolkning av avsenderlandsprinsippet til også å omfatte privatrettslige regler. Dette begrunner de med at en slik fortolkning ville føre til at privatrettslige tvister vedrørende kontrakter inngått online som var omfattet av direktivet alltid skulle avgjøres i overensstemmelse med avsenderlandets lovgivning. Dermed ville avsenderlandsprinsippet i strid med art. 1, stk 4 i realiteten innføre en lovvalsregel. Et siste argument mener Danmark art. 3 og

¹⁹ Nielsen. E-handelsret. s. 75

²⁰ Sak C-16/94, Edouard Dubois et Fils sa og General Cargo Services sa mot Garonor Exploitation sa, Saml 1995 I-2421

preambelen nr. 22 gir. Det dreier seg om *kontroll* av informasjonssamfunnstjenester, og det taler for at det kun dreier seg om offentligrettslige regler.²¹

Danmark nevner også det som taler for at privatretten er omfattet av direktivet. Det blir nevnt at det kan tale for at privatretten er omfattet når det ”koordinerede område” blir definert i art. 2 litra h, som ”krav som det i medlemsstatenes rettssystemer er fastsatt for leverandører av informasjonssamfunnstjenester, herunder krav som tjenesteyteren skal oppfylle når han påbegynner og utøver aktivitet som leverandør”. I oppregningen av eksemplene er det der iblant nevnt krav som gjelder i forbindelse med kontrakter og krav vedrørende tjenesteyterens ansvar. Direktiver har også tre unntagelser fra avsenderlandsprinsippet innenfor kontraktsretten og deler av den internasjonale privatrett. Dette vil ikke være logisk dersom privatretten i utgangspunktet er utelukket fra direktivets anvendelsesområde.

Som nevnt ovenfor mener Danmark at preambelen nr. 22 peker i retning av at det kun dreier seg om offentligrettslige regler. Men den sier ikke annet enn at det er myndighetenes ansvar å sikre vernet etter direktivet. Om myndighetene sikrer dette vernet gjennom å gi private krav ved brudd eller treffer vedtak selv sies det ikke noe om, og begge måtene er egnet for å oppfylle kravet om at det er myndighetenes ansvar å sikre vernet.

6.3.2 Direktivets preambel

Jeg vil nedenfor gjennomgå hva preambelen sier som kan være relevant for dette spørsmålet. Preambelens nr. 23 gir nasjonale domstoler adgang til å treffe tiltak som avviker fra vilkårene i direktivet når det gjelder privatrettslige tvister. Hvis privatretten er ment å være unntatt fra direktivet, så vil det vel heller ikke oppstå privatrettslige tvister, og da hadde det ikke vært nødvendig å si dette i det hele tatt.

²¹ Forslag til lov om tjenester i informasjonssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel 2001/2 LSF 61 punkt 3.2

Preambelen nr. 54 sier at sanksjonene fastsatt innen for rammen av direktivet ikke berører eventuelle andre former for sanksjoner fastsatt i nasjonal lovgivning. Dette kan tyde på at dersom direktivet gjelder på privatrettens område, så må det være adgang til å komme med privatrettslige krav ved brudd på opplysningsplikten dersom det følger av norsk rett.

Preambelen nr. 56 sier at unntaket i direktivet for kontraktsmessige forpliktelser i forbindelse med forbrukeravtaler, bør forstås som å omfatte opplysninger om vesentlige deler av kontraktens innhold, herunder forbrukerens rettigheter, som har avgjørende innflytelse på beslutningen om å inngå kontrakten. Med dette kan det virke som om den kontraktsrettslige opplysningsplikten er unntatt fra direktivet. Men unntaket for kontraktsforpliktelser i forbrukeravtaler gjelder i forhold til avsenderlandsprinsippet, hvilket vil si at forbrukere kan følge sitt eget lands lov i forhold til kontraktsmessige forpliktelser, derunder også opplysningsplikter. Jf. Direktivet art. 3 nr. 3. Det er i direktivet regulert opplysningsplikter for tjenesteytere som ikke kan fravikes i forbrukeravtaler, slik at dersom opplysningsplikt var ment å unntas fra direktivet stemmer ikke preambelen overens med direktivet. Det gir best sammenheng om det kun er ment å presisere at en forbruker også har krav på at eget hjemlands lov blir fulgt når det gjelder opplysningsplikter. Uten at det dermed er sagt noe om opplysningspliktene som påligger tjenesteyteren etter direktivet og hvilke sanksjoner som kan brukes ved brudd på disse.

6.3.3 Kommisjonens rapport

Kommisjonen har utstedt en rapport om ehandelsdirektivet.²² Rapporten er ikke bindende for statene, men er likevel relevant. I rapporten står det klart i innledningen at direktivet kommer til anvendelse på tvers av rettsområder som vedrører levering av informasjonssamfunnstjenester, uansett om det er på det privatrettslige, offentligrettslige eller kriminalrettslige område. I følge rapporten er det dermed ikke noen tvil om dette.

²² COM (2003) 702

Jeg tror etter dette at det mest nærliggende er å konkludere med at direktivet også får anvendelse på privatrettens område, da det totalt sett synes å være overvekt av argumenter for dette.

6.4 Er direktivets krav til sanksjoner overholdt i Norge?

I Norge skal Forbrukerombudet føre tilsyn og søke å forhandle seg frem til at brudd stoppes. Jf. Lov nr. 47 av 16.juni 1972 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår § 13. Denne loven kommer til anvendelse fordi ved praktiseringen av loven legges det såkalte "lovstridsprinsippet" til grunn. Prinsippet innebærer at generalklausulen i mfl. § 1 anses overtrådt dersom det foreligger overtredelse av bestemmelser i spesiallovgivningen som er satt til beskyttelse av forbrukere. Dersom dette ikke fører til noen løsning kan Markedsrådet treffe forbudsvedtak mot den ulovlige handling. Jf. markedsføringsloven § 12. Dersom vedtaket ikke overholdes kan tvangsgebyr benyttes, men det må vedtas, og dersom det ikke vedtas må Forbrukerombudet reise søksmål. Jf.mfl. § 16. Overtredelse av vedtak er også straffbart. Jf. mfl. § 17.

Spørsmålet er om dette er tilstrekkelig virkningsfullt slik direktivet krever av sanksjonene, og om det ellers overholder kravene til sanksjonene. Dersom det ikke er tilstrekkelig virkningsfullt kan det hende at privatrettslige sanksjoner er påkrevet for å oppfylle direktivet.

Forbrukerrådet mener at den eneste praktiske sanksjonen som vil virke effektivt og tilstrekkelig avskrekkende er at forbrukeren får en rett til vederlagsfritt å gå fra avtalen dersom tjenesteyter bryter loven.²³ Departementet utelukker ikke at sanksjoner innenfor annen lovgivning kan være relevant. Jeg vil her se på om markedsføringsloven tilfredstiller kravene i direktivet, og om kravet til ekvivalens er oppfylt.

²³ Ot.prp.nr.31 (2002-2003) punkt 12.6.

6.4.1 Kravet til ekvivalens

Etter den tidligere EØF-traktaten art. 5 plikter medlemsstatene å treffe alle foranstaltninger som er egnet til å sikre fellesskapsrettens gjennomslagskraft. Denne bestemmelsen er tolket av EF-domstolen dit hen at der hvor sanksjonsvalget tilkommer medlemsstatene, skal de sørge for at overtredelser av fellesskapsretten sanksjoneres etter samme materielle og prosessuelle regler, som etter nasjonal rett gjelder for overtredelser av samme art og grovhet. Videre skal nasjonal myndighet være like aktpågivende ved overtredelser av fellesskapsretten, som ved gjennomføring av tilsvarende nasjonal lovgivning. Dette er i dag regulert i EF art. 10, og den tilsvarende EØS art. 3. Det kan stilles spørsmål om dette, dvs. kravet til ekvivalens, er oppfylt slik brudd på opplysningsplikten i direktivet er sanksjonert i norsk rett.

De ovennevnte uttalelser ble blant annet uttalt i saken mot Den Hellenske Republikk²⁴, som er referert til i Draehmpaehl-saken²⁵ med samme uttalelse. Draehmpaehl-saken er en prejudisiell avgjørelse som dreide seg om sanksjonering av et direktiv som nedla forbud mot forskjellsbehandling ved ansettelse på grunnlag av kjønn. Et av spørsmålene var om direktivet var til hinder for at det i nasjonale lovbestemmelser settes et tak på tre måneders lønn for hva en arbeidssøker kan kreve i godtgjørelse på grunn av forskjellsbehandlingen. Dette dreide seg om Tyskland, og ellers i tysk rett finnes ikke slike tak i andre sivil- eller arbeidsrettslige bestemmelser. Domstolen uttalte at det er en plikt for medlemsstatene å sanksjonere etter samme materielle og prosessuelle regler som etter nasjonale regler gjelder for overtredelser av samme art og grovhet, og kom da til at disse betingelsene ikke var oppfylt i den foreliggende sak. Resultatet ble at det stred mot direktivet der det foreligger et tak når arbeidssøkeren som har blitt forskjellsbehandlet ville fått den ledige stilling dersom personen ikke var blitt forskjellsbehandlet.

Dette kan anvendes i forhold til sanksjonering av brudd på opplysningsplikten i ehandelsdirektivet dersom man hevder at slike plikter i forbindelse med avtaleinngåelse sanksjoneres ellers i norsk rett med kontraktsbruddssanksjoner. Opplysningsplikten i

²⁴ C-68/88. Kommisjonen mot Den Hellenske Republikk

²⁵ C-180/95. Nils Draehmpaehl mot Urania Immobilienservice OHG

ehandelsloven er i norsk rett sanksjonert ved at det kan treffes et vedtak mot bedriften, f.eks i form av bot. Det kan da se ut som at denne sanksjonen ikke oppfyller kravene til å gjennomføre like sanksjoner som ellers i norsk rett. Men spørsmålet er først om opplysningspliktene kan sies å være av kontraktsrettslig art.

Ehandelslovens § 9 er den eneste som dreier seg om markedsføring og som derfor naturlig sanksjoneres ved markedsføringsloven. Men på den annen side griper også markedsføringsloven inn på kontraktrettens område i og med at den har bestemmelser om kontroll med avtalevilkår. Opplysningsplikten om virksomheten etter ehandelsloven § 8 fremstår ikke som en lignende kontraktsrettslig plikt, men er heller ikke noe som typisk reguleres av markedsføringsloven. Den må derfor like gjerne kunne sanksjoneres under markedsføringsloven som ved kontraktsrettslige sanksjoner for å oppfylle kravet til like sanksjoner. Ehandelsloven § 11 fremstår som en klarere kontraktsrettslig opplysningsplikt, selv om den er mer detaljert utformet, og det kan muligens være grunnlag for å hevde at denne ikke er sanksjonert i tråd med krav om like materielle sanksjonsregler som ellers i norsk rett.

Totalt sett er ikke opplysningspliktene typisk av kontraktsrettslig art, slik at det kan ikke sterkt hevdes at Norge ikke har tilfredstilt kravet om like sanksjoner som ellers i norsk rett (dvs. kravet til ekvivalens).

6.4.2 Krav til sanksjonene i art. 20

Det neste spørsmål er om direktivets krav til sanksjonene i art. 20 er oppfylt. Det vil si om sanksjonene er virkningsfulle, avskrekkende og står i et rimelig forhold til overtredelsen. Disse kravene er også generelle prinsipper innenfor EF-retten som kan utledes av EF art. 10 og den tilsvarende EØS art. 3²⁶, slik at rettspraksis om prinsippene vil være relevant.

I den samme ovenfor nevnte saken ble det sagt at likebehandlingsdirektivet (som saken dreide seg om) ikke pålegger medlemsstatene å innføre en bestemt sanksjon, men at de

²⁶ Nielsen. EU-ret. s. 184

er forpliktet til å gjennomføre sanksjoner som er tilstrekkelige effektive til å oppfylle direktivets formål. Det ble også sagt at når en medlemsstat har valgt å sanksjonere overtredelse på forbud mot forskjellsbehandling med godtgjørelse, skal sanksjonen være egnet til at domstolene kan sikre en faktisk og effektiv beskyttelse, og ha en reelt avskrekkende virkning for arbeidsgiveren og stå i et rimelig forhold til skaden. En rent symbolsk godtgjørelse oppfyller ikke kravene. Domstolen kom ganske klart til at et tak på seks måneder lønn som det totalt kan kreves av flere som har blitt utsatt for forskjellsbehandling ikke tilfredstiller kravene, men det ble godtatt med et tak på tre måneders lønn der den arbeidssøkende likevel ikke ville fått jobben selv om personen ikke hadde blitt forskjellsbehandlet.

Dette har overføringsverdi på brudd på opplysningsplikten fordi den aktuelle sanksjonen er tvangsgebyr, som også går ut på å betale en pengesum. Tvangsgebyret etter markedsføringsloven skal etter forarbeidene minst settes så høyt at det ikke lønner seg å overtre Markedsrådets vedtak. Gebyret fastsettes etter en skjønnsmessig vurdering av sakens art og innklagedes økonomiske forhold.²⁷ Etter en slik vurdering vil beløpets størrelse oppfylle kravene til avskrekkende virkning på tjenesteyteren, og det vil ikke bli så lavt at ikke beløpets størrelse står i rimelig forhold til skaden, men eventuelt heller være et spørsmål om det motsatte. I Draehmpaehl-saken ser det ut til at kravene ikke ble ansett oppfylt fordi sanksjonen hadde et lavt tak, og dette støttes også i Kamann-saken, der det sies at dersom erstatning er valgt som sanksjon må den være større enn en symbolsk sum for å virke tilstrekkelig avskrekkende og effektivt.²⁸ Tilsvarende kan man utlede av Storbritannia-saken.²⁹ Der ble godtgjørelsen for misligholdt opplysningsplikt til arbeidstakere ved overføring av virksomhet ikke ansett effektiv og avskrekkende i de saker hvor det skulle gjøres fratrekk i beløpet der saken også gjaldt avskjedigelse pga økonomi. Igjen dreier det seg om at summen blir for lav til å virke effektivt.

I alle disse sakene dreide det seg om godtgjørelse til privatpersoner, mens det i forhold til ehandelsloven dreier seg om gebyr for bedriften som det er naturlig blir høyere enn

²⁷ Ot.prp.nr. 34 (1994-95) s. 20-21

²⁸ C-14/83. Von Colson og Kamann mot Land Nordrhein - Westfalen

²⁹ C-382/92. Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland.

godtgjørelse til privatpersoner. Når regelen også er at gebyret skal settes så høyt at det ikke skal lønne seg å overtre, kan det virke som at det beløpsmessig er en effektiv regel sammenlignet med disse sakene. Spørsmålet er heller om den praktiske måten det er anlagt på samlet sett er effektiv i og med at boten ikke inntre før bedriften har overtrådt et påbud fra Forbrukerombudet.

Effektivitetsprinsippet innebærer også et krav om at sanksjonen skal virke avskrekkende. Dersom en tjenesteyter ikke følger opplysningspliktene innebærer det i første omgang at tjenesteyteren risikerer et pålegg om at disse opplysningene må gis på nettstedet før avtaleinngåelse, og det er bare hvis tjenesteyter ikke følger dette at tvangsgebyr blir aktuelt. Trusselen i første omgang er altså at man risikerer å få et påbud om å følge reglene, og det isolert sett virker nok ikke særlig avskrekkende. Men når tjenesteyter risikerer et stort tvangsgebyr som ris bak speilet har det nok avskrekkende virkning likevel. Til tross for dette er det faktisk mulig for en tjenesteyter å ikke gi opplysninger som er påkrevet inntil det blir pålagt, og dersom tjenesteyter da følger pålegget vil det ikke skje noen ting. Med mindre det utføres kontroller av nettstedene vil det praktisk sett ikke virke særlig effektivt og avskrekkende, og jeg går ut ifra at Forbrukerombudet ikke har mulighet til å kontrollere alle nettsteder. Det ville fungere hvis brukere av nettstedet sa ifra til Forbrukerombudet når et nettsted ikke oppfylte kravene. Men det er nok et langt færre antall som vil si i fra om brudd når ikke bruddet ville gi dem noe rettskrav, og det ville derfor virke mer effektivt dersom brukere hadde et rettskrav ved brudd.

Ettersom disse prinsippene er ytre rammer for hva som kreves av sanksjonene, men at det ellers er helt opp til statenes skjønn hvordan de vil gjennomføre sanksjonene, er det nok mest nærliggende å konkludere med at Norge ikke har brutt disse prinsippene når det ikke fremstår som et klarere brudd og det materielle innhold i prinsippene er vagt. I f.eks. Draehmpaehl-saken var det ganske klart at sanksjonen ikke var spesielt avskrekkende, og det var ingen tvil om at regelen var en ren arbeidsrettslig regel og da skulle sammenlignes med nasjonale arbeidsrettslige regler.

7 Elektronisk avtaleinngåelse

Spørsmålet her dreier seg om tradisjonell avtaleinngåelse og reglene for dette anvendt på fremgangsmåten på internett.

7.1 De tradisjonelle regler for binding

Den norske avtaleloven gjelder som utgangspunkt for om en hvilken som helst avtale er bindende, men kun på formuerettens område. Det er heller ingen formkrav til en avtale, slik at det er ikke noe i veien for at avtale kan inngås på internett.

For at et løfte skal anses for bindende er for det første avhengig hva løftemottageren med rimelighet kan legge i partsutsagnet. Utsagnet må også være av en slik art at det kan stifte rett og plikt, videre må det være noenlunde klart, bestemt og endelig.

Avtaleloven kapittel 1 regulerer at en avtale kommer i stand ved utveksling av sammenfallende tilbud og aksept. Tilbudet binder løftegiver når det har kommet til løftemottagers kunnskap. Jf avtl. § 7. Når løftemottagers aksept av tilbudet har kommet frem til tilbudsgiver er tilbudsgiveren bundet. Jf avtl. § 2 og 3. Men akseptanten er ikke bundet før aksepten har kommet til tilbudsgivers kunnskap, slik at det er først ved dette tidspunkt at en avtale har kommet i stand.³⁰

³⁰ Woxholth. Avtalerett. kap. 2.

7.2 Binding på internett

7.2.1 Hva utgjør tilbudet?

Først må man ta stilling til om en website, hvor det tilbys varer eller tjenesteytelser til salg, er å oppfatte som et tilbud eller som en oppfordring til å gjøre et tilbud. Dette er interessant fordi det bare er tilbudet som er rettslig forpliktende. I følge dansk avtalerettslig teori anses utstilling av prismerkede varer i butikker for tilbud, jf. f.eks U 1985.877 H og U 1991.43 H. Woxholth mener at de beste grunner taler for at et tilsvarende syn vil bli lagt til grunn etter norsk rett. Derimot vil opplysninger som finnes i annonser, kataloger, prislister mv bare anses som en oppfordring for publikum til å komme med tilbud. Begrunnelsen for denne forskjellen kan kanskje være at når en vare ligger i et utstillingsvindu, kan det skapes et inntrykk av at det kun er denne bestemte varen som er omfattet av tilbudet, mens omtale av varer i annonser og kataloger mer er egnet til å bli oppfattet som reklametiltak rettet mot alle og enhver.³¹

Spørsmålet blir derfor om det er noen grunn til at ”reklamer” på websites skal oppfattes annerledes enn andre reklamer. Den danske lektoren, Susanne Karstoft, drøfter dette.³² Hun sier at den muligheten for i umiddelbar tilknytning til lesingen av en elektronisk annonse til å bestille ytelsen kanskje gir kunden en høyere grad av forventning om å kunne erverve ytelsen, enn ved tilvarende reklame i en avis. Videre kan det være et argument om å behandle websites annerledes fordi disse lar seg hurtig revidere/fjerne, slik at det vil være mindre byrdefullt for websiteinnehaveren dersom annonseringen anses som et tilbud. Men et motargument mot dette er at det kan være tekniske forhold, som ikke kan tilregnes den ervervsdrivende, som forhindrer oppdatering og rettelse, eller hvor websiteen f.eks i løpet av natten har fått et så stort antall henvendelser at det har blitt knapphet på varene. Løsningen på spørsmålet er uklar, men i følge Karstoft må websites anses som en oppfordring til å komme med et tilbud, med mindre den etter sitt innhold kan oppfattes som et tilbud, f. eks. hvis det står at kjøperens bestilling bringer avtalen i stand.

³¹ Woxholth. Avtalerett. s. 70-71

³² Karstoft.EU-direktivforlaget om elektronisk handel. I: Juristen nr. 7 – 2000.

Men det har også i teorien blitt hevdet det motsatte standpunkt.³³ Det blir argumentert med at grunnen til at en postordrekatalog kun blir ansett som en oppfordring til å komme med et tilbud, er den ervervsdrivendes begrensede muligheter til å oppdatere katalogen. Det ville være forbundet med store omkostninger dersom den ervervsdrivende etter utsendelse må tilbakekalle eller korrigere innholdet. Omvendt er butikkinnehaveren i stand til å løpende oppdatere utstillingsvinduet sitt og presentasjonen av varene, slik at disse hele tiden uttrykker de betingelsene som han er villig til å selge til. Slik at spørsmålet bør være om innehaveren av en website har mulighet for å oppdatere innholdet på siden. I forhold til papirkataloger vil det være lett og forbundet med små omkostninger å sørge for at en website er konstant oppdatert. Manglende oppdatering på ens website må anses for å være i strid med god markedsføringsskikk.³⁴ Det kan argumenteres for at besøkende på en website også i forhold til avtalerettslig synsvinkel må ha en berettiget forventning om at opplysningene som finnes der er oppdatert og at man kan stole på dem.

Det finnes også en dansk sak fra Forbrugerklagenævnet som støtter at tilbud fra en website som utgangspunkt må betraktes som et bindende tilbud.³⁵ I følge avgjørelsen hadde en forbruker etter å ha kontrollert en prisdatabase på internett funnet en god pris på et kamera. For å forsikre seg om at prisen fortsatt gjaldt hadde han ringt forretningen, som lovte å ringe tilbake, men ikke gjorde det. Kunden bestilte kameraet på forretningens hjemmeside. Ordren ble elektronisk bekreftet med en leveringsdato. To dager senere oppdaget selgeren at prisen var feil, og egentlig var vesentlig høyere. Forbrugerklagenævnet fant ikke at forbrukeren burde ha innsett at prisen var feil, til tross for den betydelige prisforskjellen mellom den riktige prisen og den som var oppgitt. Forbrukeren ble gitt rett i at forretningens annonsering på internett måtte betraktes som et bindende tilbud, som var akseptert av forbrukeren, hvor forretningen var forpliktet til å levere til den avtalte pris.

³³ Heine, Grønbæk, Trzaskowski. Internetjura. punkt 3.5

³⁴ Bryde Andersen. IT-retten. s. 760

³⁵ Sag 2001-4012/7-1077

Etter dette synes jeg det er større gjennomslagskraft for argumentene for at en website er å anse for et tilbud. Ved en website søkes det å realisere ehandelens mange fordeler hvor kjøpere i potensielt stort antall kan få adgang døgnet rundt uten omkostninger til fysiske salgslokaler. Da må innehaveren akseptere at hvis potensialet realiseres og webbutikken oversvømmes med kunder, så er han forpliktet til å levere varene han tilbyr. Innehaveren har mulighet til å sikre seg teknisk og kontraktsrettslig mot ubehagelige overraskelser. Det er f.eks mulig å innlegge tekniske sperrer på webserveren, som begrenser adgangen til forskjellige vareartikler, når det er gjennomført et visst antall salg.³⁶

7.2.2 Fremkomst av løfte/påbud

Spørsmålet i dette avsnittet er når løftet/påbudet anses for å ha kommet frem.

I ehandelsloven § 12.2 fremgår det at ”bestilling og bekreftelse som avgis elektronisk, anses mottatt når parten som den er adressert til, har tilgang til den”. Men dette er kun ment å ta stilling til når en bestilling og en bekreftelse i forhold til denne loven skal anses mottatt. Den nærmere fastsettelsen av tidspunktet for når et løfte er bindende må fastsettes etter avtalelovens regler³⁷.

Ved vurdering av når en avsendt e-mail må anses for å være kommet frem kan man sammenligne med når alminnelig post anses for å være kommet frem. E-mail sendes også fra avsender til mottager via tredjemenn. Den sendes først til mail-serveren hos internettutbyderen som avsender har kontrahert med. Deretter transporteres den via internett til mailserveren hos den internettutbyder som mottageren har avtale med. E-mailadressen til mottaker er i virkeligheten en adresse på en postboks i forbindelse med mailserveren hos internettutbyderen som mottageren har adgang til internett gjennom. Når det mottas beskjer til kontoen lagres disse hos internettutbyderen. Beskjedene kan hentes til mottagerens innboks på hans lokale computer med en frekvens som

³⁶ Heine, Grønæk, Trzaskowski. Internetjura. s. 162

³⁷ Ot.prp.nr. 31 punkt 12.4.3.3

bestemmes av mottageren. Hvis mottageren er konstant oppkoblet til internett, er det sannsynlig at beskjedene hentes jevnlig og med korte mellomrom³⁸.

De nedenfor nevnte argumenter er hentet fra dansk juridisk litteratur³⁹. I følge denne er et påbud kommet frem når det har ankommet mottagerens e-mail adresse. Hvis e-mailen er knyttet til en fysisk plassering på en mailserver hos internettutbyderen, har mailen kommet frem i det kopieringen skjer til mailserveren hos internettutbyderen. Det er i utgangspunktet mottagerens eget ansvar å hente e-mail fra internettutbyderens mailserver til egen computer, slik som innehaveren av en postboks selv må sørge for hente posten hjem.

Det er altså avsenderen som har risikoen for meddelelsens fremkomst til mottagerens mailadresse. Hvis den manglende rettidige fremkomsten skyldes mottakerens egne forhold, bør meddelelse likevel betraktes som rettidig fremkommet. Dette fordi det er mottaker som velger internettutbyderen sin, og det er da rimelig at mottakeren må bære risikoen for feil hos denne.

Konklusjonen blir altså at mailen anses for å ha kommet frem i det kopiering skjer til mailserveren hos mottagers internettutbyder.

7.2.3 Kommet til kunnskap

Spørsmålet i dette avsnittet er når viljeserklæringen anses for å ha kommet til mottagers kunnskap.

En viljeserklæring kan trekkes tilbake inntil det tidspunkt hvor mottageren får kunnskap om viljeserklæringens innhold. Kunnskap inntreffer når en meddelelse leses av mottageren. I mange tilfeller vil meddelelsen leses samtidig med at den mottas, slik at tidspunktet for fremkomst og kunnskap faller sammen. Hvis en e-mail kommer frem når den lagres på mailserveren hos internettutbyderen vil innholdet først komme til

³⁸ Heine, Grønæk, Trzaskowski. Internetjura. Punkt 2.7.2

³⁹ Heine, Grønæk, Trzaskowski. Internetjura. Punkt 2.7.2

kunnskap når mailen er hentet hjem til den lokale datamaskinen og lest av mottageren. Man kan ikke si at mailen har kommet til kunnskap når den er hentet til den lokale maskinen, fordi det strider mot avtaleloven § 7, og det er heller ikke slik at folk leser mailene sine rett etter downloading til datamaskinen. Det er vanlig at beskjeder ikke blir åpnet med en gang, og downloading vil i mange tilfeller skje automatisk uten mottagerens tilstedeværelse.

En spesiell problemstilling som oppstår i forhold til bestillinger via websites, er hvilket tidspunkt man legger til grunn for kommet til kunnskap for ordren. Den letteste regel ville vært dersom mottagelsestidspunktet ble regnet som kunnskapstidspunktet. Men det ville være urimelig, fordi man da ville avskjære løftegivere muligheten til å tilbakekalle løfter når disse er avgitt til en datamaskin. Tvert i mot kan det argumenteres for at kunnskapstidspunktet bør være senere enn mottagelsen, fordi datamaskiner i seg selv ikke kan få kunnskap.

Det er muligens heller ikke noen reelle grunner til å fremskynde kunnskapstidspunktet til før løftemottageren eller dennes representant oppnår kunnskap.

Kunnskapstidspunktet er fastlagt etter en fundamental avveining av hensyn som ligger bak forventningsprinsippet. Et løfte skal ikke kunne tilbakekalles, når det har fremkalt en forventning hos mottageren, slik at denne kan bli skuffet i sine forventninger, hvis løftet ikke binder. En relevant skuffelse kan bestå i at den som har mottatt en ordre eller aksept av en ordre, har inngått en avtale med tredjemann for å kunne levere ordren, eller for videresalg. Dersom ordren eller aksepten av ordren ikke er bindende, vil mottageren ha et tap både i forhold til tredjemann og tapt fortjeneste.

Derimot hvis en ordre eller aksept av en ordre mottas og behandles av et IT-system, vil maskinen automatisk igangsette en ekstern disposisjon, som vil medføre en juridisk forpliktelse overfor tredjemann. Innehaveren vil ha en berettiget forventning om at de ordrene som ekspederes eksternt er bindende. Hvis forventningen ikke var tilstede ville innehaveren undersøke om det forelå en bindende avtale før f. eks de bestilte varene ble bestilt. Dette ville forsinke og fordyre det hele, noe som ikke er i noen parter interesse. Slik at det er grunn til at aksept av en ordre til et automatisert IT-system likevel har kommet til kunnskap der ordren setter i gang et automatisk system. Det kan derfor

hevdes at kunnskap i forbindelse med automatiserte IT-systemer foreligger ved det som inntreffer først av enten at IT-systemet på grunnlag av ordren igangsetter en ekstern ekspedisjon, eller ved at løftet kommer til kunnskap hos mottageren eller mottagerens representant.⁴⁰

7.3 Tidspunktet for binding

Spørsmålet her er på hvilket tidspunkt en avtale er bindende.

Binding skjer når tilbud og aksept dekker hverandre. Ehandelsloven § 12 pålegger tjenesteyter å sende en bekreftelse på bestillingen til kjøper. Det kan dermed umiddelbart se ut til at ehandelsloven innfører en tre- trinns modell for inngåelse av avtaler som omfattes av denne loven. Men i forarbeidene⁴¹ står det at bestemmelsen er et supplement til gjeldende avtalelovgivning, og vil ikke ha betydning i forhold til selve avtaleinngåelsen eller gyldigheten av en avtale.

Formålet med den tilsvarende bestemmelse i direktivet er ikke å fastlegge tidspunktet for avtaleinngåelse, men ”to provide the customer with the necessary degree of clarity and legal certainty as to whether or not his order has been placed, article 11 obliges the service provider to send a confirmation to the consumer and clarifies when the order or the confirmation is deemed to be received”.⁴²

Forbrukerombudet mener med støtte i juridisk teori at avtalen vil være bindende fra det tidspunktet forbrukerens bestilling er kommet frem til tjenesteyterens maskin (server). De mener at dette har blitt bekreftet gjennom ehandelsloven § 12.2, og kommentarene til denne i forarbeidene.⁴³ Men forarbeidene sier ganske klart at denne bestemmelsen kun gjelder i forhold til ehandelsloven, og at fastsettelsen av tidspunktet for meldingers rettsvirkninger i andre tilfeller må trekkes ut av annet lovverk. Slik at jeg går ut ifra at det Forbrukerombudet mener er at avtalen er bindende for tjenesteyter i det forbrukerens

⁴⁰ Heine, Grønabæk, Trzaskowski. Internetjura. punkt 2.7.3

⁴¹ Ot.prp.nr 31 punkt 12.4.3.3.

⁴² Lindholm, Maennel. Directive on electronic commerce. I: Legal aspects of electronic commerce. s . 22

⁴³ Forbrukerombudet. E-handel-sammendrag av praksis m.m.

aksept har kommet frem. Men forbrukeren selv er ikke bundet før aksepten har kommet til tjenesteyters kunnskap (se avsnittet ovenfor).

Konklusjonen på dette er at avtalen er bindende for begge parter på det tidspunkt forbrukerens aksept kommer til tjenesteyterens kunnskap.

8 Avtalens innhold

8.1 Hva omfattes av avtalen?

I dette avsnittet vil jeg drøfte hva som er en del av avtalens innhold. Dette er egentlig en generell problemstilling i forhold til all avtaleinngåelse, men jeg vil drøfte den her med tanke på avtaleinngåelse på internett.

Inkorporering av vilkår kan skje på flere måter. Det kan skje ved linking til en side hvor de fullstendige vilkår fremgår ved etablering av en dialogboks, der vilkårene står. Eller ved uttrykkelig angivelse nederst på siden hvor brukeren befinner seg, eller ved angivelse av en adresse hvor brukeren kan lete, men uten link til denne adressen.⁴⁴

Spørsmålet ved inkorporering av vilkår er om de er en del av avtalens innhold. Et viktig tolkningsmoment er om partene forsto avtalevilkårene før avtalen ble inngått. Dette medfører at man vil fokusere på om kjøper leste vilkårene og på hva han forsto av dem. På internett vil spørsmålet av og til være om kunden overhodet satte seg inn i avtalevilkårene.⁴⁵

Det kan diskuteres om anvendelsen av elektronisk medium innebærer at det stilles strengere vedtagelseskrav til inkorporering på nettet. Men når en bruker klarer å identifisere en hjemmeside, og er interessert i å erverve ytelser fra denne siden, må brukeren som utgangspunkt også kunne akseptere mediet ut ifra dets egenskaper, og derunder kunne lese hva som står på skjermen. Det er vanskelig å oppstille noen skarpe kriterier for når inkorporering av vilkår anses for avtalerettslig bindende, men retningslinjer kan oppstilles. Det har for det første betydning hvor tilgjengelig vilkårene

⁴⁴ Bryde Andersen. IT-retten. punkt 19.2.c

⁴⁵ Jarbekk, Foss. E-handel, internett og juss. s. 36

er. Befinner vilkårene seg på samme side som den siden hvor avtaleinngåelsen finner sted, så stilles det mindre krav enn hvis vilkåret befinner seg på en annen hjemmeside, hvor adgangen er vanskeligere. Det andre kriteriet er innholdet i vilkårene. Desto mer sedvanlig et vilkår er, desto mindre krav stilles til vedtagelsen. En tredje faktor er partene. Det skal mer til for at en forbruker anses for å ha vedtatt et vilkår enn en profesjonell.⁴⁶

Jeg vil nedenfor gjennomgå noen typiske måter å inkorporere vilkår på ved avtaleinngåelse på internett, og se på hva som skal til for at vilkårene skal være en del av avtalen. Jeg vil også se på om reklame kan binde på internett.

8.1.1 Web-wrap avtaler

Det første spørsmål er om vilkår som presenteres etter avtaleinngåelse er en del av avtalens innhold? Vilkår som først presenteres i ettertid er som utgangspunkt ikke bindende. Kravet om forutgående kjennskap til alle vilkår er imidlertid i praksis blitt betydelig modifisert. Det er for eksempel vanlig at man kjøper billetter til transportmidler, begivenheter og hoteller via telefonen eller online og effektuerer ofte betalingen med det samme. Først når man mottar billettene blir man gjort kjent med vilkårene. Dansk rettspraksis har forsøkt å nå et kompromiss mellom å fastholde at kun kjente og vedtatte avtalevilkår er bindende, og hensynet til hvordan varer og ytelser selges på i den virkelige verden, og som aksepteres av partene.

Domstolene bør nok tilgodese at avtaler som utgangspunkt kun er bindende når vilkårene er gjort kjent på forhånd. Men omvendt er det ikke hensiktsmessig for noen parter om kjøper tvinges til å gjennomlese et langt og tungt juridisk dokument hver eneste gang han skal kjøpe noe. Domstolene bør også ta i betraktning at shrink-wrap avtaler i de fleste tilfeller gjør det lettere og billigere for partene å handle. På denne bakgrunn blir det hevdet at det er forsvarlig å fravike utgangspunktet om at vilkårene må være gjort kjent på forhånd for å binde. Hvis en person etter en objektiv vurdering

⁴⁶ Bryde Andersen. Shopping på internettet. s. 73-75

ville ha akseptert et vilkår dersom han hadde blitt presentert for det på forhånd, bør vilkåret inngå i avtalen, selv om det først kommer frem senere.⁴⁷

Det følger av ehandelsloven § 11 at alle avtalevilkår skal gjøres tilgjengelige for forbrukeren før bestillingen. Forbrukerombudet har også med hjemmel i markedsføringsloven § 9a stilt krav om at kontraktspartenes rettigheter og plikter skal presenteres på en klar og tydelig måte før avtaleinngåelsen. I de nordiske forbrukerombudenes standpunkter til handel og markedsføring på internett sies det også at den næringsdrivende må sørge for at forbrukeren gjøres kjent med alle avtalevilkår i forkant av at avtalen inngås. Slik at dette kan tyde på en mindre åpning for at forbruker blir bundet av avtalevilkår som blir presentert i ettertid, enn det som er nevnt ovenfor. Men samtidig uttaler Forbrukerombudet⁴⁸ at i forhold til spørsmålet om forbrukeren har akseptert avtalens betingelser, blir vurderingen om forbrukeren har fått presentert de *sentrale* avtalevilkår før avtaleinngåelse. Ettersom ordet ”sentrale” er brukt kunne det tyde på at det kun er de sentrale som må være presentert før avtaleinngåelse for å være bindende for forbrukeren, men at det ikke er et krav at mindre sentrale vilkår må være presentert på forhånd.

Markedsrådet har avgjort en sak⁴⁹ hvor den kom til at det ikke er nok å henvise generelt til lovregler eller standardvilkår uten å si noe nærmere om innholdet i lovverket eller vilkårene. Dette kan tas til inntekt for at alle vilkår må presenteres på forhånd ut ifra en mer til det mindre betraktning. Når det ikke holder å henvise generelt til lovregler eller standardvilkår, der denne henvisningen er gjort på forhånd kan da heller ikke holde for vilkår som aldri har blitt presentert. Men denne saken gjaldt ikke krav til presentasjon av vilkårene i forhold til bindingsspørsmålet, men i forhold til rimelighetsvurderingen i markedsføringsloven § 9a 2. ledd. Slik at brudd på lov i forhold til presentasjon av vilkårene trenger ikke å bety at de ikke anses for vedtatt av forbrukeren, men kan bli ikke-bindende av andre grunner.

⁴⁷ Heine, Grønæk, Trzaskowski. Internetjura, punkt 3.2

⁴⁸ Forbrukerombudet. E-handel – sammendrag av praksis m.m

⁴⁹ MR-sak 1/02

Konklusjonen på dette blir at det er et krav om at de viktigste vilkår må presenteres på forhånd for å binde forbrukeren, men at det er en åpning for at forbrukeren kan bli bundet av andre vilkår også som presenteres i ettertid.

8.1.2 Hyperlinks

Spørsmålet her omhandler når vilkår anses for tilkjennegitt overfor en part før avtaleinngåelsen, slik at de blir en del av avtalen. Kjøperen vil i forbindelse med presentasjonen av varene på websiten motta visse opplysninger. Opplysninger om varens karakter og vesentlige egenskaper, herunder pris, gis normalt som ledd i presentasjonen av de enkelte varene på websiten. Opplysninger om den endelige pris og andre avgifter, vilkår for betaling og levering presenteres for kjøperen når han sjekker ut (innebærer å ta varene og gå til kassen) og betalingen skal skje. Det oppstår normalt ikke problemer med å konstantere om disse opplysningene er avgitt og dermed blir en del av avtalen. Men det kan oppstå diskusjon om øvrige lovpålagte vilkår er en del av avtalegrunnlaget. Det samme gjelder generelle vilkår som i den analoge verden f.eks kalles kjøpsbetingelser eller handelsvilkår er ofte plassert som et trykt bilag til selve avtalen. På en web-side plasseres slike vilkår ofte på en separat web-side, som det henvises til med en hyperlink, som er plassert på de sider kjøperen får presentert varene eller i forbindelse med utsjekkingen.

I de tilfeller det er klart at vilkår som finnes på web-sider, hvor det er tilknyttet en hyperlink som først presenteres etter avtaleinngåelsen, som utgangspunkt ikke blir en del av avtalen, blir spørsmålet om opplysninger på web-sider som man får adgang til via hyperlinks, kan bli en del av avtalen, og i så fall hva det stiller av krav til utformingen av avtalen. Bakgrunnen for at avtalevilkår plasseres på andre web-sider er ikke omkostninger, for disse er små, og det er i prinsippet ingen grenser for hvor mye informasjon som kan plasseres på en web-side. Hensynet som gjør seg gjeldende er hensynet til brukervennlighet og forsøket på å unngå for mye informasjon. Det er begrensninger for hvor mye tekst en kjøper ønsker å lese før kjøpet inngås. Ved for mye informasjon vil kjøpet bli avskrekkende. Sett fra både kjøper og selgers side må man finne en balanse mellom for mye og for lite informasjon, og det er i dette lys, at kravene til inkorporering av avtalevilkår i forbindelse med hyperlinks skal ses.

Såfremt det før avgivelse av tilbud eller aksept henvises til generelle betingelser, som den annen part lett kan gjøre seg kjent med ved f.eks å klikke på en hyperlink, må disse vilkårene anses som en del av avtalen. Det synes ikke å være noen grunn til å stille strengere krav til når vedtagelse av inkorporerte vilkår har funnet sted bare fordi avtalen inngås via en web-side. Derimot kan det hevdes at på grunn av world wide web sin struktur og funksjonalitet har kjøperen større muligheter for å gjøre seg hurtig kjent med vilkårene som skal inkorporeres. Når en kjøper beveger seg inn på en selgers web-side, bør det implisitt ligge en aksept av den måten som generelle vilkår normalt inkorporeres på internett. Dette vil særlig gjelde dersom det er mulig å printe ut opplysningene uten problemer.⁵⁰

Forbrukerombudet anbefaler i sine retningslinjer at forbrukeren ved navigering på en næringsdrivendes nettsider, alltid får tilgang til avtalevilkårene direkte eller kun ved hjelp av "ett klikk". Ved bruk av hyperlinks vil forbrukeren komme direkte til avtalevilkårene ved hjelp av "ett klikk", slik at det vil stemme overens med forbrukerombudets synspunkt.

Konklusjonen blir da at vilkår som inkorporeres via hyperlink er å anse som en del av avtalen så lenge det er lett å gjøre seg kjent med innholdet i dem.

8.2 Reklamens bindende virkning

Spørsmålet om reklamens bindende virkning er ikke spesielt for internett, men vil også gjelde generelt ved all markedsføring. Men jeg tar det opp i denne sammenheng fordi det også er en problemstilling i forhold til markedsføring på internett.

I flere lovbestemmelser finnes det regler om forbrukerrettslig beskrivelsesrisiko for kjøp og tjenester, som f. eks kjl. § 18, hvtjl. § 18 og eiendkjl. § 3-8. Disse reglene innebærer at dersom opplysningen har innvirket på kjøpet og ikke er rettet i tide fra selger, vil

⁵⁰ Heine, Grønæk, Trzaskowski. Internetjura punkt 3.3

reglene om mangel ved salgstingen eller eiendommen kunne påberopes selv om opplysningen ikke er gjentatt i den formelle kjøpsdokumentasjonen.

Det spørsmålet jeg vil se på her er om det kan være grunnlag for å bruke avtalelovens regler om tilbud direkte?

8.2.1 Den avtalerettslige kompetanse

De nedenfor nevnte argumenter er hentet fra Møgelvang-Hansen og Krüger⁵¹. Det første spørsmål er om det eksisterer noen begrensninger vedrørende den avtalerettslige kompetanse? Avtalefrihetens prinsipp er uttrykt i den gamle Chr V Norske Lov 1687 5-1-1 og 5.1.2. Men uansett ville man på sedvanerettslig grunnlag godta borgernes rett til å forplikte seg autonomt overfor andre. Etter gjeldende nordisk avtalerett eksisterer det ingen formaljuridiske begrensninger i den private kontraktsreguleringskompetansen ut over det som følger av rettsregler om rettslig handleevne på personnivå. Det vil være et fritt anliggende for en part om han ønsker å binde seg i formen ”åpne” løfter uten konkrete individuelle adressater. Jf. avtl. § 1 som lar lovens regler vike for ”det som følger av rettshandelen”, som f.eks kan være utsagnsgiverens erklærte og i utsagnet synliggjorte intensjon.

I dag er risikoen for feilskrift av den art som avtl. § 32 omhandler hos avgiver både ved feilskrift og annen villfarelse. Selv om avgiveren ikke kan klandres må han i tillitsteoretisk forstand ta risikoen i forhold til den normale adressats forståelse av det som med rimelighet kan forveksles med et ”ekte” utsagn. I den forbindelse er spørsmålet i hvilken grad et reklameutsagn binder når publikum med rimelighet oppfatter utsagnet som adressatløst, men forpliktende. Dersom utsagnet rent faktisk var ment å skulle forplikte, vil det binde avgiveren. Kravet om at utsagnet skal være kommet til adressatens kunnskap (avtl. §7) passer ikke på slike tilfeller. Det kan ikke anvendes som vilkår for bundethet, Jf. avtl. §1. Aksepterer man først adressatløse løfter, må konsekvensen bli at løftet forplikter fra det tidspunkt hvor det er gjort effektivt tilgjengelig for den personkrets det er myntet på, som f.eks TV-seerne eller internett-

⁵¹ Krüger, Møgelvang-Hansen. Reklamens bindende virkning. I: TemaNord 2001:549. Kap. 6

søkere. Utsagnsgiveren kan med andre ord ikke kreve at utsagnet skal være oppfattet og forstått av den som senere vil nyttiggjøre seg det – før kjøp foretas. Åpne utsagn sikrer også uvitende kunder det de er blitt tilsagt og derfor har rett på.

8.2.2 Avgivers risiko for egne utsagn

Dersom utsagnet ikke er ment å forplikte, men utilsiktet blir oppfattet slik kan man ikke bygge direkte på kompetansesynspunktet ifølge Krüger og Møgelvang-Hansen. Dette begrunner de ikke nærmere. Men når utsagnet rent faktisk er skapt og strukturert etter avgiverens ønske, foreligger den nødvendige tilknytning til avgiver som ellers danner utgangspunktet for adressatbaserte løsninger på internett. I reklameutsagnstilfellene kan dette formuleres slik at den form for uaktsomhet som består i at utsagnet utilsiktet er gitt et innhold og en form som allmennheten med rette oppfatter som forpliktende, så er det grunnlag for å legge en adressatvennlig løsning til grunn. I tillegg har man argumentene om at utsagnets opprinnelse ligger innenfor avgiverens profesjonelle kontrollsfære og derfor er nærmest til å sørge for at det opprettes overensstemmelse mellom det man har ment og det allmennheten legger i utsagnet, og etter uklarhetsregelen vil usikkerheten om hvordan utsagnet skal forstås måtte bæres av avgiver.

8.2.3 Adressatenes oppfattelse av utsagnet

Neste spørsmål blir da om de aktuelle adressater på internett med rimelighet må høres i at de har oppfattet det foreliggende utsagn som rettslig forpliktende. I nordisk avtalerettsteori har man med en viss støtte i avtalelovens forarbeider vært noe tilbakeholdne med å anse spesifikke reklameopplysninger som avtalerettslige tilbud. Men man ser en tendens til å sonde mellom prismerking i nær tilknytning til avtaleslutning, typisk ved prising i forretningslokalet på den ene siden og på den annen side mediareklame som tilsikter å trekke publikum til forretningsstedet. Det skal etter gjeldende rett muligens mindre til for å anse prismerking av den første typen som avtalerettslig bindende enn når det gjelder annet informasjonsunderlag. Bortsett fra ”Fona”⁵² og ”Bilka”⁵³ – dommene er det lite konkret domspraksis på området.

⁵² UfR 1985.877 DaHR

Rettsstillingen kan derfor synes usikker. I begge sakene er det imidlertid lagt til grunn at reklamering med pris i vindusutstilling og butikklokaler i seg selv er forpliktende avtalerettslige tilbud.

Nemndspraksis i Norden er heller ikke entydig. I følge Krüger og Møgelvang-Hansen har man i deler av denne praksisen vist altfor stor tilbakeholdenhet på dette området. Den form for offensiv reklame av ”tilbudstypen” drives for å få publikum inn i butikklokalene og er i dag svakt sanksjonert og derfor fristende å ty til for næringsdrivende. Ansvar for pådratte innrettelsesutgifter kan brukes, men mulighetene for å tiltrekke seg publikum som kjøper varer med eller uten den tilbudte pris veier langt på vei opp motforestillingene. Prinsippet i ”Fona”-dommen bør etter deres mening utvides til å gjelde også for dokumentasjon i reklamen som med rette oppfattes av allmennheten som tilbud som man kan benytte seg av.

Utsagn på internett som man rimeligvis kan oppfatte som bindende, og hvor det er skapt et forventningsbilde som publikum med rette forutsetter innfridd har sine innholdsmessige begrensninger. Utsagn om pristilbud kan ikke forstås som en garanti for at lageret er stort nok til å dekke enhver etterspørsel i overskuelig fremtid. Det er rimelig å forstå utsagnet med den begrensning at det kan gjelde et rest- eller varelager og at tilbudet derfor ikke vil gjelde ved innkjøp av varer fra ny kolleksjon. Det dreier seg om hvorvidt et samspill mellom den avtalerettslige og den markedsrettslige vurdering av etterrettelighetskravet i mfl. §§ 2-3, kan innebære at annonsøren etter omstendighetene plikter å opplyse om at tilbudet har praktiske kvantitative begrensninger. På dette punkt kan det stilles større krav til fullstendigjøring i mediareklame enn når det gjelder prismerking i forretningslokalet. Ved media-reklame på internett eller på tv/radio vil det måtte anses som misvisende dersom tilbudet ikke er reelt fordi kretsen av personer som kan nyttiggjøre seg det ikke står i noe rimelig forhold til det bredde-inntrykk annonsen gir. Det kan derfor sies å være et krav om at reklamen må oppgi noenlunde pålitelige og dekkende hvilke muligheter den enkelte kunde har til å oppnå det som loves, for eksempel ved å angi antall tilgjengelige

⁵³ UfR 1991.43 DaHR

eksemplarer. Det er neppe noen annen hjemmel enn erstatning for negativ kontraktsinteresse etter at forbrukeren har blitt lurt på denne måten.

For konkret autonome tilsagn av tilbudstypen uten adressat må spørsmålet være i hvor lang tid tilbudet kan tillegges rettsvirkning? Ved fysisk skilting vil fristen være så lenge prisopplysningene står fremme. For mediareklame må man operere med snevrere frister. Utsagnets tilbudsvirkning i tid må leses ut ifra det valgte medium. TV- og kinoreklame gjelder i den tid annonsen vises, men for annonser i pressen må det opereres med varighetsbegrensninger som følger sirkulasjonstakten. Hvis dagens annonser i avisen ikke gjentas ved senere utgivelser, er det naturlig å se tilbudet som et dagstilbud som løper ut ved forretningsdagens slutt den dag det fremsto. Etter min mening er det naturlig at det som måtte gjelde for tv- og kinoreklamer også vil gjelde for internett, ettersom disse mediene er sammenlignbare.

8.2.4 Avsluttende utsagn om reklamens bindende virkning

Mathias André⁵⁴ mener at hovedregelen er at markedsføring rettet mot allmennheten ikke er tilbud. Men at særskilte grunner kan utgjøre unntak fra denne hovedregelen. Dersom noe er utformet som et uttrykkelig løfte til å selge kan det være grunn til å anse det som et bindende løfte. Det kan også være grunn til å anse tilbudet som et bindende løfte dersom det inneholder begrensninger som gjør det mulig for avgiver å innfri og er særskilt egnet for å vekke mottagerens forventninger om at avgiver vil innfri. Som f.eks. der tilbudet gjelder så lenge lageret rekker.

Krüger og Møgelvang-Hansen konkluderer derimot med at spørsmålet om reklamens bindende virkning gjennom media er uavklart. I overensstemmelse med rådende tillits- og viljeserklærinsteorier må spørsmålet i høyere grad besvares ut ifra hvordan reklamen med rimelighet oppfattes av adressatene enn hvordan de er ment fra opplysningsgivers side. Men det at reklamen er rettet mot en ubestemt krets av personer, slik som f.eks. på internett, ser ikke lengre ut til å være en hindring for at den anses for avtalerettslig

⁵⁴ André. Marknadsföringsansvar. Kap. 3

bindende. Den rettspolitiske legislative vurdering med hensyn til reklamens avtalerettslige bindende virkning består i en avveining mellom gode sanksjonsrettslige grunner, som underbygger slikt ansvar og rettstekniske hensyn.

Forbrukerombudet uttaler⁵⁵ også at det er uklart om en forbruker som har blitt villedet av et reklamebudskap på internett kan rette noe krav mot avgiver av reklamebudskapet, og henviser til diskusjonen av Møgelvang-Hansen og Krüger, noe som må bety at Forbrukerombudet er åpne for at det kan tenkes at reklamen binder.

Konklusjonen etter dette må bli at reklame kan binde markedsføreren i enkelte situasjoner, og at det de lege ferenda bør binde i større grad fordi de markedsføringsrettslige virkemidler ikke synes å være tilstrekkelige til å motvirke villedende reklame. I tillegg er markedsføringen blitt mer effektiv og aggressiv med den tekniske utviklingen i dagens samfunn, som f.eks internett, slik at man blir møtt av reklame de fleste steder.

⁵⁵ Forbrukerombudet. E-handel - sammendrag av praksis m.m

9 Sanksjoner

Ved handel på internett er det flere lover enn ehandelsloven som vil komme til anvendelse. Slik at en forbruker har sanksjoner som kan benyttes ved kjøp som forbrukeren enten er misfornøyd med, eller dersom det er en mangel ved selve varen. Som andre kjøp kan kjøp på internett også bli ugyldig.

Jeg vil i dette avsnittet først se på om overholdelse av opplysningspliktene i ehandelsloven kan ses på som et vilkår for at avtalen skal være bindende, og om ugyldighet kan være en sanksjon ved brudd på opplysningspliktene. Så vil jeg drøfte hvorvidt misligholdssanksjoner kan tenkes som sanksjon ved brudd på opplysningspliktene. Til slutt vil jeg se på sanksjoner med hjemmel i angrerettsloven og forbrukerkjøpsloven som også kan tas i bruk ved kjøp over nettet.

9.1 Overholdelse av opplysningsplikten som vilkår for binding?

Spørsmålet jeg vil stille meg her er om man kan si at overholdelse av opplysningsplikten i ehandelsloven er et vilkår for binding.

Loven inneholder ikke noe om hvilke sanksjoner som skal iverksettes dersom opplysningsplikten brytes. I avtaleretten er det adgang til å regulere selv når binding har skjedd, og etter min mening kan man spørre om disse detaljregulerte opplysningspliktene kan ses på som en regulering av hva som må være tilstede for at avtalen skal være bindende. Forarbeidene sier ingenting om dette, og EØS-direktivet sier det er opp til statene selv hvordan de vil regulere brudd på direktivet. Det er heller ingen norsk litteratur som behandler dette. Spørsmålet må derfor drøftes ut ifra avtalerettslige prinsipper for binding og reelle hensyn.

Opplysningspliktene i ehandelsloven skiller seg fra vanlige opplysningsplikter ved at de er meget konkret utformet, og kan på den måten ligne på en regulering av hva som må være gjennomført for å ha brakt i stand en avtale. Samtidig vil dette i så fall være en stor inngripen i avtalerettslige prinsipper hvor det er stor frihet med hensyn til avtaleinngåelse, og dersom det var tilfelle er det merkelig at det ikke er nevnt i forarbeidene. Hensynet bak loven er å sikre fri bevegelighet for informasjonssamfunnstjenester, slik at overholdelse av opplysningspliktene som et vilkår for binding har ingen forbindelse til lovens formål, men er heller ikke et motargument. Noen av kravene i opplysningsplikten vil nok fra før av ha den avtalerettslige virkning at man ikke blir bundet, som f.eks dersom forbrukeren plutselig var bundet uten at det var noen mulighet til å innse det på forhånd. Mens det kan virke veldig hardt om avtalen ikke var bindende fordi det ikke var opplyst om hvilke språk avtalen kunne inngås på eller om den vil bli arkivert. Det kan hende at løsningen derfor kunne vært at man opererte med forskjellige grader av brudd på opplysningsplikten, hvor noen brudd førte til at avtalen ikke var bindende. Men det ville ført til uforutsigbarhet med hensyn til om man sto overfor en bindende avtale eller ikke, og heller ikke vært i samsvar med hensynet til retts teknisk enkle løsninger.

Den danske professor Ruth Nielsen mener at feil, mangler og uklarheter i webdialogen som tjenesteyteren bærer ansvaret for må tas med i vurderingen av om en feilbeheftet viljeserklæring kan anses for bindende. Slik at hun mener at det har betydning der viljeserklæringen er avgitt feil.

Konklusjonen på dette må bli at overholdelse av opplysningspliktene ikke er et vilkår for binding, men at det kan ha betydning ved fastleggelsen av om en bindende avtale er inngått.

9.2 Avtaleloven § 33

Etter avtaleloven § 33 kan en avtale bli ugyldig under visse omstendigheter. Denne bestemmelsen kommer til anvendelse på alle slags formuerettslige avtaler, og derunder også kjøp som er inngått over nettet. Det kan spørres om avtalen kan bli ugyldig dersom opplysningspliktene ikke blir oppfylt. Ehandelsloven har ikke disse sanksjonene selv,

slik at spørsmålet blir om unnlatelsen av å gi disse opplysningene kan rammes av avtl. § 33. Jeg vil diskutere dette i avsnittet her, men innledningsvis si noe mer generelt om § 33.

9.2.1 Generelt om § 33

Avtaleloven § 33 innebærer ugyldighet når det foreligger en eller annen mangel ved løftegivers vilje som gjør det uredelig av løftemottager å gjøre løftet gjeldende etter sitt innhold. Kriteriet for bestemmelsens anvendelsesområde er ”omstendigheter”, og det kan egentlig være hva som helst. Som f.eks forhold ved løftegiverens person, ved tilblivelsen og utenforliggende forhold. Forarbeidene forutsetter at innholdsmangler skal falle utenfor. Men i praksis vil § 33 kunne anvendes ved f.eks urimelige priser, og i selve redelighetsvurderingen vil det kunne være av betydning hvilket innhold avtalen har. I tillegg må de aktuelle omstendigheter ha virket motiverende for løftegivers løfte. Det vil si at dersom løftegiver ville avgitt løftet selv om han kjente til omstendighetene, kan ikke § 33 påberopes. Det siste vilkåret er at det må være mot ”redelighet og god tro” å gjøre løftet gjeldende. Dette gir uttrykk for en rettslig standard som åpner for et konkret skjønn, og vil ramme det som til enhver tid anses å stride mot redelighet. Vurderingen av hva som er redelig skal tas objektivt, slik at det er irrelevant hvordan løftemottageren selv bedømmer sin handlemåte.

Loven krever at de omstendigheter som gjør det uredelig å gjøre løftet gjeldende, må foreligge på det tidspunkt løftet kommer til mottagerens kunnskap. Etter sin ordlyd rammer heller ikke bestemmelsen tilfelle der løftemottageren *burde* ha kjennskap til de omstendigheter som kan gjøre avtalen ugyldig, men bare der han positivt har *kjent* til omstendighetene. I teorien har man likevel gått langt i at bestemmelsen må tolkes slik at den også kommer til anvendelse der det bare foreligger uaktsomhet på løftemottagerens side. Løftemottagers onde tro er kun relevant dersom den foreligger når han får kunnskap om viljeserklæringen.

9.2.2 § 33 og opplysningsplikt

Den største praktiske betydning har § 33 i de tilfeller hvor det reiser seg spørsmål om løftemottageren kan sies å ha en opplysningsplikt for å bringe løftegiveren ut av en villfarelse. Omstendigheter i avtl. § 33 omfatter kun kjensgjerninger, med den følge at det ikke gjelder noen opplysningsplikt om hypoteser. Grensen mellom kjensgjerninger og hypoteser er imidlertid vanskelig å trekke, derfor er det grensene for når det er redelig eller uredelig for løftemottager å gjøre løftet gjeldende når løftegiver har avgitt det i villfarelse som er kjernen i problemstillingen. Hvis løftemottager har fremkalt villfarelsen i god tro, er hovedregelen som nevnt at partene bærer risikoen for sine egne forutsetninger. Løftemottager har i tilfelle gitt løftegiveren opplysninger som har vist seg ikke å holde stikk, men som løftemottageren selv la til grunn var riktige. Hvis derimot løftegiverens villfarelse bevisst er fremkalt av løftemottageren, er det uten videre klart at forholdet rammes av § 33. Men det vil for eksempel være åpning for å bløffe om hvor mye man er villig til å gi for en vare. Dersom løftemottageren har fremkalt løftet ved uaktsomhet rammes ikke dette av ordlyden. Men det kan ikke være grunn til å stille denne situasjonen i en annen stilling enn andre tilfelle der løftemottageren har vært uaktsom. Loven vil derfor i praksis omfatte disse tilfellene.

Neste problemstilling er hvor løftemottager ikke selv har fremkalt villfarelsen, men hvor han er klar over at den forelå. Det vil også her inntre ugyldighet, fordi det vil foreligge ond tro og stride mot redelighet og god tro å gjøre avtalen gjeldende. Men det er ikke alltid slik at det foreligger en opplysningsplikt, selv om løftemottageren er klar over at den annen part ikke ville ha inngått avtalen, hvis han hadde kjent til et bestemt forhold. Selgeren har ingen plikt til å opplyse om at varen kan skaffes billigere et annet sted. Det avgjørende er om det slik forholdene ligger an vil stride mot redelighet å gjøre løftet gjeldende, når løftemottageren sitter inne med opplysninger løftegiveren ikke har tilgang til.

Rettspraksis har ved vurderingen lagt vekt på enkelte momenter. Helt sentralt står løftegiverens typiske og rimelige forventninger om han skal opplyses om forhold av den type det gjelder. Forventningene til løftegiver vil være avhengig av avtalens art, og av om opplysningene gjelder alminnelige kjente forhold eller eventuelt forhold som ikke er alment tilgjengelige. Et annet moment vil være partenes sakkyndighet og innsikt. Jo

større innsikt parten har og jo mer dominerende stilling han har under kontraktsforhandlingene, desto mer kan det kreves. Også partenes posisjoner i avtaleforholdet og deres kunnskaper om ytelsen vil være av betydning. Selgeren har ingen rimelige forventninger om at kjøperen skal gjøre han oppmerksom på forhold knyttet til tingen, men det har derimot kjøper i forhold til selger. Det er et generelt trekk i rettutviklingen at denne går i retning av å stille strengere krav til løftemottagerens opplysningsplikt enn tidligere.⁵⁶

9.2.3 Opplysningspliktene i ehandelsloven i forhold til ugyldighet og § 33

Ehandelsloven regulerer som nevnt opplysningsplikter hos tjenesteyter, slik at spørsmålet blir om unnlatelse av å gi disse opplysningene kan rammes av avtl. § 33, slik at dersom opplysningene etter ehandelsloven ikke er gitt blir avtalen ugyldig.

Ruth Nielsen mener at overtredelse av ehandelslovens opplysningsplikter må få betydning for avtalens ugyldighet, fordi det strider mot avtalerettslige prinsipper om en ervervsdrivende skulle kunne overtrede direktivet ved å ikke innrette avtalefunksjonen på websiden sin slik at en kunde som taster feil ikke har mulighet for å rette innntastingen, uten at denne ulovligheten ved den ervervsdrivendes avtalefunksjon skal få betydning for vurderingen av om det er inngått en gyldig avtale.⁵⁷ Men hun mener også at det kan diskuteres om det vil være for restriktivt å knytte ugyldighetsvirkning til manglende oppfyllelse av opplysningsplikten.⁵⁸ Dette støttes også dersom man sammenligner med Buett-dommen⁵⁹ hvor EU Domstolen tok stilling til et fransk forbud mot dørsalg. Domstolen kom til at det var tilstrekkelig å gi kjøpere hevingsrett, men at et egentlig forbud mot dørsalg var berettiget spesielt i forhold til undervisningsmaterialer.

Ramberg mener at opplysningspliktene i forkant av kontraktsinngåelsen er overflødige, fordi det allerede i den nasjonale lovgivning finnes incentiver for å gi denne

⁵⁶ Alt det overstående fra Woxholth. Avtalerett. Punkt 9.

⁵⁷ Nielsen. E-handelsloven – privatretlig og/eller offentligretlig lov? I: Julebog 2002. s. 249

⁵⁸ Nielsen. E-hanselsret. s. 221

⁵⁹ Sak 382/87. Straffesak mot R Buett og Sarl Educational Business Services

informasjonen.⁶⁰ Hvilke incentiver hun mener sier hun ikke, men avtl. § 33 kan tenkes å være en av dem.

I forhold til ehandelsloven vil det opplysningsplikten omfatter utgjøre omstendigheter i relasjon til avtl § 33. Ettersom man plikter å gjøre seg kjent med rettsreglene på det området man driver innenfor, må det kunne tillegges tjenesteyter som uaktsomt dersom han ikke kjenner til opplysningspliktene, og derfor ikke har gitt de opplysningene som er påkrevet. Problemstillingen er om det kan stride mot redelighet å gjøre løftet gjeldende når ikke opplysningspliktene i ehandelsloven er overholdt?

Redelighetsvurderingen er en skjønnsmessig og objektiv vurdering. Lovgrunnen for § 33 er at ved uredelig opptreden vil tjenesteyter profitte på prinsippet om at avtaler skal kunne inngås enkelt og uhindret, når det egentlig ikke er berettiget å la han profitte på de mulighetene som ligger i dette prinsippet.

Her er det ikke tvil om at det foreligger en opplysningsplikt, slik at spørsmålet blir om det ved utelatelse av noen av opplysningspliktene kan være uredelig av tjenesteyter å gjøre løftet gjeldende. Dette kan nok tenkes der det som nevnt ovenfor er utelatt opplysninger om hvordan man kan rette inntastingsfeil, og dette fører til at kjøper blir bundet av avtalen ved en feil. Det kan også tenkes å være uredelig av tjenesteyter dersom kontraktsvilkårene som kjøper blir bundet av er inkorporert på en måte som er vanskelig for kjøper å oppdage. Mens det motsatt ikke vil være uredelig av tjenesteyter å gjøre løftet gjeldende selv om det ikke er opplyst om hvilke språk avtalen kan inngås på.

Selv om disse opplysningene er lovpålagte har de ulike utelatte opplysningene svært forskjellig betydning for kjøper, og det vil bare kunne sies å være uredelig ved noen av de mest vesentlige opplysningene. Slik at selv om opplysningskravene er fastsatt i lov betyr ikke at det lettere rammes av § 33. Antageligvis ville unnlatelsen av enkelte av opplysningene ført til ugyldighet uavhengig av om de var lovpålagte, fordi de er veldig vesentlige.

⁶⁰ Ramberg. The E-commerce directive and formation of contract in a comparative perspective. I: Legal aspects of electronic commerce. S. 44.

Enkelte av opplysningene som skal gis vil også ha liten innvirkning på om kjøper vil kjøpe den aktuelle gjenstand eller ikke, men dette er sammenfallende med de tilfellene hvor det heller ikke vil være uredelig å bygge på løftet selv om opplysningene ikke er gitt. Som f.eks hvis det ikke er opplyst om de språk avtalen vil inngås på, vil nok kjøper inngå avtalen uavhengig av om det er opplyst eller ikke.

Her blir det en differensiert konklusjon fordi opplysningspliktene er veldig forskjellige. Det kan ikke sies å være uredelig å bygge på et løfte fra en forbruker til tross for utelatelse av enkelte av opplysningspliktene, som f.eks om avtalen vil bli arkivert. Mens dersom det er utelatt opplysninger om ved hvilket teknisk steg man er bundet slik at kjøper blir bundet uten å være klar over det, kan det være uredelig å bygge på løftet. Slik at vurderingen må bli konkret og skjønnsmessig for de forskjellige opplysningsplikter, men det er klart at de som utgangspunkt kan rammes av § 33.

9.3 Avtaleloven § 36

Dersom opplysningspliktene i ehandelsloven ikke er overholdt kan det tenkes at unnlatelsen også kan rammes av avtaleloven § 36. Men unnlatelse av å overholde opplysningspliktene vil være en tilblivelsesmangel som i første rekke reguleres av § 33, men § 36 kan tenkes anvendt på de punkter der denne bestemmelsen går lenger.

Brudd på opplysningspliktene kan hovedsakelig tenkes å rammes av ”forholdene ved avtalens inngåelse” i § 36.2. Siden § 36 ikke har noe god-tro kriterium vil en avtale kunne lempes etter bestemmelsen selv om løftemottageren var helt ukjent med det forhold som kan tilsi lemping. Men i forhold til de lovpålagte opplysningspliktene er det nok vanskelig for en tjenesteyter å påberope seg at han var ukjent med opplysningene han er pliktig til å gi.

§ 36 kan også få anvendelse der det ikke vil stride mot redelighet og god tro å gjøre løftet gjeldende. Dette vil være tilfeller der det vil være ”urimelig” å gjøre avtalen gjeldende, selv om det ikke vil være i strid med redelighet og god tro. Jeg har vanskelig

for å finne noen eksempler på dette i forhold til brudd på opplysningspliktene, men det er heller ikke en situasjon som generelt vil forekomme ofte.

I tillegg er det i § 36 også åpning for å ta hensyn til subjektive forhold, som f.eks språkvansker hos en utlending. Men dette vil ikke gjøre seg spesielt gjeldende i forhold til opplysningspliktene i ehandelsloven.

Etter dansk rett vil et brudd på ehandelslovens regler om innrettelse av websiten kunne føre til at forbrukeren ikke er bundet av sitt bestillingsløfte. Jf. den alminnelige antagelse om at manglende etterkommelse av markedsføringsloven § 1 om god markedsføringsskikk kan medføre ugyldighet i medhold av avtl. § 36.⁶¹ Ettersom disse bestemmelsene er helt like de norske er det nok naturlig å anta dette også etter norsk rett.

Konklusjonen blir at § 36 også kan anvendes på unnlatelse av å overholde opplysningspliktene, men det vil nok være få tilfeller som vil rammes av § 36 uten å rammes av § 33.

9.4 Kan misligholdssanksjoner benyttes?

Sanksjonene som skal innføres i henhold til direktivet, berører ikke andre mulige sanksjoner eller rettsmidler med hjemmel i nasjonal lovgivning.⁶² I forarbeidene sies det også at det finnes sanksjonsbestemmelser innenfor annen lovgivning som kan være relevant i forhold til ehandelsloven, og nevner som eksempel på dette, angrerettloven. Betyr dette at det er åpning for misligholdssanksjoner ved brudd? Med misligholdssanksjoner tenker jeg på retting, omlevering, tilbakeholdsrett, prisavslag, heving og erstatning.

⁶¹ Karstoft. EU-direktivforslaget om elektronisk handel – aftaleinngåelse på internettet. I: Juristen nr. 7 2000. s. 257

⁶² Se preambelen nr 54 til e-handelsdirektivet.

Loven sanksjonerer brudd med vedtak fra Markedsrådet, men det står ikke noe sted i forarbeidene at dette utelukker at private kan ha krav ved brudd. For eksempel kan Markedsrådet treffe vedtak mot urimelige kontraktsvilkår i medhold av mfl. § 9a, men det forhindrer ikke at forbrukere også kan få avtalen kjent ugyldig etter avtl. § 36 som følge av urimelighet.

Et argument til støtte for at misligholdssanksjoner kan brukes kan være at det i teorien sies at det er et gjennomgående trekk ved lovgivning om vare- og tjenersteytelser at opplysningsgrunnlaget i markedsføringen tillegges kontraktsrettslig betydning.⁶³

Det har blitt antatt at det er et forbrukerrettslig prinsipp at tilsidesettelse av offentligrettslige forbrukerbeskyttelsesregler kan utløse sivilrettslige sanksjoner, i hvert fall på reklamereguleringens område⁶⁴. Utviklingen innenfor forbrukervernlovgivningen har vært i økende grad å regulere informasjonsaspekter. Gjennombruddet kom ved at prekontraktuelt rettsbrudd ”culpa in contrahendo” i form av utilstrekkelig, uriktig eller misvisende opplysninger ble integrert i det kontraktsstyrte ansvar for selgere. Krav til opplysninger har kommet til uttrykk i blant annet forsikringsavtaleloven kap. 2 og 11, pakkereiseloven §§ 3-2, 3-3, 3-4, kredittkjøpsloven §§ 6, 4-5, finansavtaleloven §§ 15, 46, 59, og avhendingsloven § 3-7. Men brudd på disse lovene er sanksjonert forskjellig. De fleste av disse er sanksjonert ved markedsrettslige inngrepshjemler.

Til tross for at de markedsrettslige og de kontraktsrettslige regelsett prinsipielt er forskjellige, er det i nordisk forbrukerrett tydelig tegn på at vurderingen av villedende reklameopplysninger etter de to regelsett har nærmet seg hverandre. Man ser dette av at den markedsrettslige fokus på virksomhetens forsvarlighet og reklamens markedseffekt har slått igjennom på kontraktsrettslige bedømmelser på bekostning av den individuelle betraktningssmåte, som setter fokus på virksomhetens effekter på det enkelte individs konkrete beslutningsprosess.⁶⁵

⁶³ Krüger. Norsk kjøpsrett.s. 145

⁶⁴ Krüger, Møgelvang-Hansen. Reklamens bindende virkning. I: Temanord 2001:549 s. 53.

⁶⁵ Krüger, Møgelvang-Hansen. Reklamens bindende virkning. I: Temanord 2001:549 Kap. 4

Innenfor EU foregår det også en europeisering av forbrukerretten, slik at EF-direktiver i stigende grad utgjør tyngdepunkter i vernetiltakene, men i form av minimumsdirektiver. Denne utviklingen med fokus på det prekontraktuelle opplysningsansvar, og at markedsføring i større grad har fått lovregulert betydning for mangelsspørsmålet, kan tale for at ehandelsloven også vil ha disse virkninger siden den er såpass tett knyttet til markedsføringsloven.

I dette avsnittet vil jeg se om det finnes holdepunkter for å hevde at misligholdssanksjoner kan anvendes ved brudd på opplysningspliktene i ehandelsloven. Jeg vil først sammenligne opplysningspliktene i ehandelsloven med kontraktsrettslig opplysningsplikt. Deretter vil jeg sammenligne med angrerettlovens opplysningsplikter. Så vil jeg se på vilkår for at misligholdssanksjoner skal komme til anvendelse, og om brudd på opplysningsplikten oppfyller dette. Dernest vil jeg drøfte om almene obligasjonsrettslige regler kan komme til anvendelse selv om ikke opplysningsplikten bygger på kontrakt. Til slutt vil jeg vurdere om brudd på opplysningsplikten er relevant i forhold til en mangelsvurdering, og derunder ta for meg andre lover som sanksjoneres med misligholdssanksjoner, som forbrukerkjøpsloven og kjøpsloven.

9.4.1 Forholdet til kontraktsrettslig opplysningsplikt

Det kan være naturlig å se på om man kan sammenligne opplysningspliktene i ehandelsloven med den kontraktsrettslige opplysningsplikt, fordi det ved brudd på kontraktsrettslig opplysningsplikt kan utløses misligholdsansvar. I norsk rett vil det kunne være en mangel dersom tingen ikke svarer til opplysninger som selgeren har gitt om tingen og som antas å ha innvirket på kjøpet. Bestemmelser om dette finnes blant annet i kjøpsloven §19.1.b, avhendingsloven §3-7, håndverkertjenesteloven § 19 og bustadoppføringsloven § 26. Opplysninger som gis kan dermed påvirke kravene som stilles til kontraktsmessig ytelse.⁶⁶

I følge flere av kontraktslovene skal en ytelse anses som mangelfull hvis den forpliktete har holdt tilbake opplysninger som han ”måtte kjenne til”, og som den berettigede

⁶⁶ Haaskjold. kontraktsforpliktelser. s. 255

”kunne regne med å få”. I tillegg er det et vilkår at den berettigedes manglende kjennskap til opplysningene har hatt innvirkning på avtalen.⁶⁷ I følge kjøpslovens forarbeider er det uttrykt at det er hvis selgeren ikke hadde rimelig unnskyldning til å ikke kjenne til dem, at den betingelse som ligger i måtte kjenne til er oppfylt.⁶⁸ Hvilke opplysninger en kjøper har grunn til å regne med å få kan avhenge av flere faktorer. Men i forbrukerforhold kan det stilles større krav til opplysningsplikten. I forhold til innvirkningskriteriet er spørsmålet om kjøper hadde inngått avtalen dersom han hadde fått de opplysninger han hadde krav på.⁶⁹

Opplysningspliktene i ehandelsloven er utpreget mer detaljert utformet enn kontraktsrettslig opplysningsplikt er. Spørsmålet er om man kan se på ehandelslovens opplysningsplikter på samme måte som opplysningsplikten nevnt ovenfor, slik at visse krav må være oppfylt. Etter min mening vil ”måtte kjenne til” ikke få noen selvstendig betydning da det er regulert hva som skal opplyses om. Kravet om at kjøper må ”kunne regne med å få” opplysningene vil vel heller ikke få selvstendig betydning av samme grunn. Dette er nok fordi de ovennevnte lover regulerer opplysningsplikt i forhold til en gjenstand, mens det i ehandelsloven ikke dreier seg om krav om opplysninger i forhold til en konkret gjenstand, men generelle opplysninger som skal gis. Man kan nok derfor konkludere med at disse reglene ikke passer så godt til sammenligning med ehandelsloven, og derfor heller ikke spørre etter noe innvirkningskrav etter ehandelsloven, eller trekke noen paralleller til misligholdssanksjoner på grunnlag av disse lovene.

9.4.2 Forholdet til angrerettlovens opplysningsplikter

Et annet synspunkt er at opplysningspliktene i ehandelsloven ligner på opplysningspliktene i angrerettloven. Jf. angrerettloven § 7 og § 8. Brudd på pliktene der har blant annet privatrettslig virkning på den måten at fristen for å avbestille blir utvidet. Men utover dette sanksjoneres brudd på denne loven også med hjemmel i

⁶⁷ Hov. Avtalebrudd og partsskifte. s. 76

⁶⁸ Ot.prp nr. 80 (1986-87) s.62

⁶⁹ Haaskjold. Kontraktsforpliktelser. s. 258-262

markedsføringsloven, etter samme system som brudd på ehandelsloven. Slik at i angrerettloven er det en eksplisitt åpning for sivilrettslige virkninger man ikke har i ehandelsloven. Sammenfallende opplysningskrav i disse lovene vil i hvert fall gi forbrukeren en utvidet angrerett. Dette gjelder for eksempel kravet om at de totale kostnader skal opplyses. Dersom dette kravet i ehandelsloven ikke er oppfylt vil det føre til at forbrukeren får utvidet angrerett ettersom opplysningene også skal gis i medhold av angrerettloven. Men selv om det er åpnet for én type sivilrettslig virkning i angrerettloven betyr ikke det at alle sivilrettslige virkninger kan brukes, men det kan tyde på at slike virkninger kan tenkes også ved brudd på en offentligrettslig lov.

9.4.3 Vilkår for misligholdssanksjoner

Dersom man skal kunne iverksette misligholdssanksjoner må det foreligge et kontraktsbrudd. Kontraktsbrudd innebærer at det for det første må foreligge et avvik fra riktig oppfyllelse, og det innebærer at det objektivt sett har skjedd et brudd på en kontraktsforpliktelse (hoved- eller biforpliktelser). I tillegg må oppfyllelssvikten kunne føres tilbake til forhold debitor svarer for.⁷⁰

Ehandelsloven regulerer hvilke opplysninger som skal gis før avtaleinngåelse. Kan brudd på disse pliktene tenkes å være et kontraktsbrudd? Formålet med opplysningspliktene må være en lik regulering til beskyttelse av tjenestemottaker. Opplysningsforpliktelsene er ikke avtalt og på den måten ikke en del av avtalen, men må det være en del av avtalen for å kunne være et kontraktsbrudd når det er en lovpålagt plikt å oppgi dem? Brudd på biforpliktelser blir ansett som kontraktsbrudd uten at disse fremgår av avtalen. F.eks husleielovens § 5-1.2 om at leietager plikter å behandle husrommet med tilbørlig aktsomhet.

Utenfor de tilfeller hvor innholdet av biforpliktelsene er avtalefestet eller lovregulert, forekommer det at man oppstiller biforpliktelser ut ifra reelle hensyn, og da særlig ut fra

⁷⁰ Hagstrøm. Obligasjonsrett. s. 314

den alminnelige lojalitetsplikt i kontraktsforhold.⁷¹ Opplysningspliktene i ehandelsloven er lovregulert og i tillegg kan man se på dem som et utslag av lojalitetsprinsippet, og man kan derfor si at brudd på disse er et kontraktsbrudd. Men disse pliktene inntreffer før kontrakten inngås, og skiller seg dermed fra andre biforpliktelser som som regel inntreffer etter kontraktsinngåelse, som f.eks mottaksplikt og medvirkningsplikt.

Men det finnes også eksempler på forpliktelser som inntreffer på grunnlag av forhold før avtalen ble inngått, slik som at man f.eks kan bli bundet til avtalen pga konkludent adferd eller passivitet, og opplysningsplikt om gjenstanden som nevnt under punkt 9.4.1, eller gitte opplysninger under markedsføring.

En karakteristikk er gitt av biforpliktelsene i Rt. 1988 s. 1078 på s. 1084 hvor det sies at de stiller ”krav til aktsomhet og lojal opptreden... Dette kravet til aktsomhet og lojalitet må gjelde ikke bare ved stiftelsen, men så lenge forpliktelsen består...”. Der brukes ordet ”stiftelsen”, slik at det muligens kan virke som at opplysningsplikter som i ehandelsloven er omfattet siden de skal gis i forbindelse med stiftelse av en avtale.

Det er nok likevel mest nærliggende å konkludere med at brudd på opplysningspliktene ikke er å regne som et kontraktsbrudd. Slik at spørsmålet da blir om man likevel kan anvende almene obligasjonsrettslige regler.

9.4.4 Anvendelse av almene obligasjonsrettslige regler

Dersom man mener at opplysningsplikten ikke bygger på kontrakt, må anvendelse av de almene obligasjonsrettslige regler skje med varsomhet. Dette fordi det lett kan tenkes at det i forbindelse med andre grunnlag gjør seg gjeldende andre hensyn.⁷²

Opplysningsplikten er nok gitt av hensyn til forbrukere i og med at den er ufravikelig i forhold til denne gruppen. Men formålet er å ha lik regel i alle medlemsstatene for å sikre fri bevegelighet, og at myndighetene skal ha en viss kontroll. Slik at spørsmålet blir da om dette er andre hensyn som gjør seg gjeldende enn dem man støter på i

⁷¹ Haaskjold. Kontraktsforpliktelser. s. 216

⁷² Hagstrøm. Obligasjonsrett. s. 670

kontrakter? Formålet om like regler for å sikre fri bevegelse er helt klart et annet hensyn, og det samme gjelder vel myndighetenes kontroll. Men hensynet til forbrukeren som den svake part er et hensyn som også gjør seg gjeldende i kontrakt.

Det er hensynet til at tjenestemottaker skal være klar over når en avtale er inngått som er det bærende hensyn bak reglene om opplysningsplikt før elektronisk bestilling i § 11. Mens hensynet bak lovens § 8 er å sikre myndigheter og tjenestemottagere mulighet for å orientere seg om tjenesteyteren.⁷³ § 9 har nok en side mot både myndigheter og tjenestemottakere, men hensikten i forhold til tjenestemottakere må være å beskytte mot skjult markedsføring.

Hensynet til tjenestemottaker er altså sammenfallende med hensyn som også gjør seg gjeldende i kontrakt, mens hensynet til å opplyse myndighetene ikke er et hensyn i kontraktsrett. Der er da mulig å tenke seg at myndighetene blir opplyst via vedtakskompetansen til Markedsrådet, og at forbrukeren kan ta i bruk misligholdssanksjoner som sanksjon fordi hensynet til tjenestemottaker stemmer overens med kontraktsretten. Dette vil ikke hindre de andre hensyn som bestemmelsene skal ivareta.

Hovedkonklusjonen blir etter dette at det er vanskelig å se at brudd på opplysningsplikten er å anse som et kontraktsbrudd. Likheten mellom denne opplysningsplikten og annen opplysningsplikt som er sanksjonert med misligholdssanksjoner, er ikke stor nok til at det har vekt som et argument for misligholdssanksjoner. De andre argumentene nevnt ovenfor trekker heller ikke sterkt nok i retning av at man kan ta i bruk misligholdssanksjoner. Slik at neste spørsmål blir da om brudd på opplysningsplikten kan være relevant i forhold til en mangelsvurdering i andre lover som sanksjoneres med misligholdssanksjoner.

⁷³ Trzaskowski. Direktivet om elektronisk handel. I: UfR 2000 B 643 s. 648

9.4.5 Mangelsvurdering etter forbrukerkjøpsloven

I Forbrukerkjøpsloven § 15 f som bygger på kjøpsloven § 17.3 sies det blant annet at tingen skal være i samsvar med offentligrettslige krav som stilles i lovgivningen. Spørsmålet blir da om opplysningsplikten er å anse som ”offentligrettslige krav” til tingen? Etter en naturlig språklig forståelse er opplysningspliktene offentligrettslige krav som stilles i lovgivningen. Men med offentligrettslige krav siktes til offentlige regler om at gjenstander av en bestemt art skal ha nærmere angitte egenskaper eller en bestemt utforming. Ofte vil slike regler være gitt med sikte på brukerens sikkerhet. Men det kan også være regler som er gitt for å ivareta andre hensyn, f.eks de krav som stilles til frekvensområder for radioapparater⁷⁴. Det er vel i utgangspunktet tenkt på godkjenninger og sikkerhetsnormer til produktet.

Rt. 1994 s 1089 gjaldt en sak der det var solgt en åtte år gammel hjullaster ”som den står” i henhold til bransjens standardvilkår som muligens ikke tilfredstilte arbeidsmiljølovens sikkerhetskrav. Høyesterett forutsatte at en slik klausul kan være gyldig og virksom i næringskjøp selv om det foreligger utilstrekkelig sikring etter arbeidsmiljøloven. Det er et tolkningsspørsmål å avgjøre om arbeidsmiljørettslige sikringskrav i kjøpssituasjonen etablerer en kjøpsrettslig mangel, og da kan lovens krav til slikt utstyr være av vesentlig betydning. Høyesterett avgjorde ikke dette. Dette kan sammenlignes med offentlige krav til opplysninger på den måten at det dreier seg om krav som ikke har med sikkerhet for produktet i tilknytning til bruken av produktet, men krav som stilles dersom produktet skal brukes av en arbeidstager, slik at det kan tas til inntekt for at andre typer offentligrettslige krav også kan utgjøre en mangel der de er brutt.

Men i teorien har det blitt uttalt at bestemmelsen bare gjelder krav til tingens egenskaper, ikke krav som f. eks gjelder den informasjon som skal gis om et produkt.⁷⁵ Opplysningspliktene dreier seg om informasjonskrav, og er i større grad sammenlignbart med informasjon om produktet enn offentligrettslige krav til tingens egenskaper. Slik at når det i utgangspunktet er veldig usikkert om opplysningsplikten

⁷⁴ NOU 1993:27 s. 123

⁷⁵ Bergem, Rognlien. Kjøpsloven. s. 96

går inn under hva som er ment med ”offentlig rettslig” krav, og det er klart at dette kun gjelder gjenstandens egenskaper blir konklusjonen at brudd på opplysningsplikten ikke rammes av denne bestemmelsen.

9.4.6 Mangelsvurdering etter kjøpsloven

En kobling mellom markedsrettslig opplysningsansvar og rent kontraktsrettsansvar har man i flere lovbestemmelser om forbrukerrettslig beskrivelsesrisiko både for kjøp og tjenester, se for eksempel kjl. § 18. Disse bestemmelsene bygger på at selgeren har risiko for opplysninger som er gitt i forkant om salgstingen eller tjenesten. Forutsatt at opplysningene har innvirket på kjøpet, og ikke er rettet i tide, vil reglene om mangel kunne påberopes.⁷⁶ Problemstillingen blir da om opplysningskravene i ehandelsloven utgjør opplysninger som selger kan ha gitt i sin markedsføring om tingen. Men dette gjelder da igjen opplysninger om selve gjenstanden, slik at opplysninger som kreves etter ehandelsloven § 8 og § 11 vil falle utenfor. Derimot kan det tenkes at § 9 inneholder opplysningskrav som kan utgjøre en mangel dersom den ikke er overholdt, og at misligholdssanksjoner kan brukes.

Spørsmålet er om opplysningskravene i § 9 gjelder opplysninger om tingen. For eksempel skal tjenesteyter opplyse om totalkostnadene forbrukeren skal betale, og det må kunne sies å være en opplysning om gjenstanden. Dersom det er opplyst en pris som ikke viser seg å omfatte alle kostnadene, så vil det være et brudd på § 9, og en opplysning om salgsgjenstanden som kan utgjøre en mangel. Dessuten vil det kanskje være et tyngre argument for at opplysningen utgjør en mangel når den også strider mot lov. Men det er ingen nødvendighet at det er et opplysningskrav i medhold av annen lovgivning, fordi hvis et produkt er markedsført med en pris som oppfattes som en totalkostnad av en forbruker og dette ikke stemmer, kan det uansett utgjøre en mangel. Slik at brudd på § 9 kan sanksjoneres som en mangel uten at det er fordi det er et brudd på § 9. Konklusjonen blir at enkelte opplysninger som skal gis etter § 9 kan utgjøre en mangel etter kjøpsloven § 18, såfremt det er opplysninger om gjenstanden.

⁷⁶ Krüger. Norsk kjøpsrett. s. 147

Ettersom jeg har konkludert med at ehandelsloven også gjelder på privatrettens område kan man også tenke seg andre virkninger enn misligholdssanksjoner, som f.eks erstatning eller ugyldighet. Ugyldighet er omtalt ovenfor. Erstatning er også en mulighet, men tapet vil stort sett bli så lite at det ikke vil få noen reell betydning.

Konklusjonen etter dette blir differensiert for de forskjellige opplysningspliktene. I den grad kravene kan subsumeres under annen lovgivning, så vil de på den måten kunne sanksjoneres med misligholdssanksjoner.

9.5 Angrerett

Angrerettloven er ufravikelig i forhold til forbrukere og kommer til anvendelse ved fjernsalg overfor forbrukere, noe som typisk et internettkjøp vil være. Jf. §§ 1.1 og 3. Men kjøpet må være på over kr 300 for at loven skal komme til anvendelse. Jf. § 2.1 litra b. Loven har også noen andre unntak som ikke er så relevante i denne sammenheng.

Angrerettloven gir forbrukeren rett til å angre på kjøpet uavhengig av hva grunnen måtte være. Det eneste vilkåret er at det må skje innen 14 dager etter at varen er mottatt, og at den absolutte fristen er tre måneder etter at varen er mottatt. Den næringsdrivende er pålagt å gi forbrukeren visse opplysninger, og dersom disse ikke er gitt utvides angrefristen til å være 14 dager etter at opplysningene er mottatt, eller med en absolutt frist på et år dersom opplysningene ikke blir gitt. Jf. § 11. Opplysningene som skal gis er regulert i §§ 7 og 9, og dreier seg hovedsakelig om opplysninger om vilkårene, varen, prisen, om kjøpet er omfattet av angrerettloven og hvordan man går frem for å benytte seg av angreretten. Disse opplysningene skal gis senest sammen med leveringen av varen. Etter Forbrukerombudets praksis⁷⁷ skal forbrukernes sentrale rettigheter etter angrerettloven vilkårsreguleres i egne vilkårssett i standardkontrakten.

Ved gjennomføring av angrerett faller partenes plikt til å oppfylle bort, og dersom noe av avtalen er oppfylt, skal det tilbakeføres. Men varen må kunne leveres tilbake i

⁷⁷ Forbrukerombudet. E-handel – sammendrag av praksis m.m.

tilnærmet samme stand og mengde. Jf. § 12. Dette innebærer likevel at forbrukeren har en rett til å undersøke varen, slik at selv om emballasjen er brutt avskjærer ikke dette angreretten dersom det er nødvendig for å inspisere varen.⁷⁸ Forbrukeren må betale fraktkostnadene for å sende varen tilbake, med unntak for mislighold fra selgeren. Varen skal også sendes tilbake innen rimelig tid og på samme måte som den ble mottatt. Selgeren skal betale forbrukeren pengene tilbake innen 14 dager etter at varen er mottatt. Jf. § 15.

9.6 Forbrukerkjøpsloven

Forbrukerkjøpsloven kommer også til anvendelse på kjøp over nettet. Slik at dersom selve varen skulle være mangelfull eller forsinket har forbrukeren misligholdssanksjoner som følge av dette. Disse innebærer tilbakeholdsrett, avhjelp, prisavslag, heving og erstatning. Vurderingen av om det foreligger mangel og eventuelle misligholdssanksjoner vil være lik ved kjøp over nettet som kjøp i andre sammenhenger.

Men etter Forbrukerombudets praksis⁷⁹ må forbrukerens sentrale rettigheter vilkårsreguleres i egne vilkårssett til standardkontrakten, slik som kravet også er til rettighetene etter angrerettloven. Forbrukerombudet har utarbeidet et forslag om hvordan dette kan gjøres, hvor reklamasjonsregelen er nøye beskrevet, mens de forskjellige misligholdssanksjonene bare nevnes.

⁷⁸ Forbrukerombudet. E-handel – sammendrag av praksis m.m.

⁷⁹ Forbrukerombudet. E-handel – sammendrag av praksis m.m.

10 Konklusjon

I denne oppgaven har jeg sett at avtalelovens regler om binding på internett er anvendelige på den måten avtaler inngås på nettet. Jeg har også kommet frem til at ehandelsdirektivet ikke utelukker privatretten fra dens anvendelsesområde, og at Norge ikke har brutt direktivets krav til sanksjonene. I forlengelsen av dette har jeg sett på om det er mulig å anvende misligholdssanksjoner ved brudd på ehandelsloven.

Konklusjonen ble at det ikke kan anvendes med mindre de pliktene som går frem av ehandelsloven også er plikter etter andre lover som misligholdssanksjoneres.

Når det gjelder avtalens innhold har jeg kommet frem til at presentasjon av de sentrale vilkår må skje før avtaleinngåelse for å være en del av avtalen, og at det må være lett å gjøre seg kjent med innholdet i dem. I forhold til spørsmålet om reklamens bindende virkning kom jeg fram til at spørsmålet er uavklart, men det ser ut til å være en utvikling i retning av å akseptere det i større grad enn tidligere, slik at det er ikke lenger avskåret bare fordi det er rettet til en ubestemt gruppe personer. Når det gjelder sanksjoner kan ugyldighet tenkes å være en sanksjon ved brudd på opplysningsplikten, men den vurderingen blir konkret og ulik for de forskjellige opplysningspliktene.

Oppgavens begrensninger er at det finnes lite norske rettskilder knyttet til problemstillingene mine, slik at man muligens kan si at det ikke er sterke holdepunkter for konklusjonene. I tillegg er det få rettskilder med stor tyngde som gir noen løsninger på spørsmålene. Det meste baserer seg på juridisk litteratur. Men det finnes derimot en del utenlandsk litteratur, og i og med at den svenske og danske kontrakt- og avtaleretten er såpass lik den norske, vil det være stor sannsynlighet for at løsningene vil bli like. Ettersom det ikke er skrevet så mye om mine problemstillinger vil jeg også tro at det er stor sannsynlighet for at jeg har klart å grave frem det meste som er relevant for

problemstillingene, slik at de holdepunkter som måtte finnes for løsningen på den måten kommer frem.

Det er muligens en tendens til å skulle beskytte forbrukere mest mulig på alle kanter. Men å pålegge tjenesteytere en informasjonsplikt vil i siste omgang bli belastet forbrukere i form av høyere priser, slik at lovreguleringen er en pris forbrukerne betaler. Ved bruk av internett er kostnadene ved å gi informasjon svært lave, slik at all informasjon som skal gis på forhånd kan gis kostnadseffektivt. På denne måten innebærer internett en effektiv forbrukerbeskyttelse. Ved handel på internett blir det heller et spørsmål for tjenesteyter om å ikke pålegge forbrukeren for mye informasjon å lese før avtaleinngåelse slik at han blir skremt vekk.

Dette er eksempler på at man ikke skal være for ivrig med lovregulering til beskyttelse av forbrukere på nye områder, og at internett innebærer fordeler for forbrukere.

Nå har ehandelsloven kommet, men det ser ut til at opplysningspliktene i loven ikke innebærer stort mer enn hva man kan utlede av andre lover, slik at det ikke vil utgjøre noen ytterligere regulering. Dersom man skulle gitt forbrukere selvstendige rettigheter ved brudd på denne loven, så vil det innebære større samfunnskostnader enn når håndhevelsen skjer av Forbrukerombudet.

Til tross for fordelene ved handel på internett og det kostnadsbesparende ved slik handel, kan det se ut som utviklingen går i retning av flere forbrukerbeskyttende regler, blant annet innenfor EU. Dessuten kan det også se ut til at utviklingen går i retning av at de skandinaviske land må moderere seg i å kun gi EU-retten virkning på det offentligrettslige område.

11 Litteraturliste

- Andersen, Mads Bryde. *IT-retten*. København, 2001
- Andersen, Mads Bryde. *Shopping på internett*. TemaNord 1999:598. København, 1999.
- André, Mathias. *Marknadsföringsansvar*. Stockholm, 1984
- Bergem, John Egil. *Kjøpsloven*. 2.utg. John Egil Bergem og Stein Rognlien. Orkanger, 1995
- Eøs-rett. Frederik Sejersted...(et al.). Oslo, 1995
- Haaskjold, Erlend. *Kontraktsforpliktelser*. Oslo, 2002
- Hagstrøm, Viggo. *Fragmenter fra obligasjonsrett – II*. Institutt for privatrett, Stensilserie nr. 140. Oslo, 1992
- Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2002
- Heine, Kasper. *Internetjura*. 2.utg. Kaper Heine, Martin von Haller Grønbæk og Jan Trzaskowski. København, 2002
- Hov, Jo. *Avtalebrudd og partsskifte*. Oslo, 1997
- Jarbekk, Eva E. I. og Foss, Morten. *E-handel, internett og juss*. Oslo, 2001.
- Krüger, Kai. *Norsk kjøpsrett*. 4.utg. Eknes, 1998
- Krüger, Kai. *Kontraktsrett*. Bergen, 1989
- Krüger, Kai. *Reklamens bindende virkning*. TemaNord 2001:549. Kai Krüger og Peter Møgelvang-Hansen. Bergen og København, 2001
- Nielsen, Ruth. *E-Handelsret*. København, 2001
- Nielsen, Ruth. *Eu ret*. 3. utg. København, 2002
- Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 5.utg. Oslo, 2003

Artikler:

- Karstoft, Susanne. *EU-direktivforslaget om elektronisk handel – aftaleindgåelse på internettet*. I: Juristen nr. 7, 2000, s. 251- 260

Lindholm, Pia. *Directive on electronic commerce*. Pia Lindholm og Frithjof A. Maennel. I: Legal aspects on electronic commerce, København 2001, s.15-27

Nielsen, Ruth. *E-handelsloven - privatretlig og/eller offentlig lov?* I: Julebog 2002, København, s. 225-253

Ramberg; Christina Hultmark. *The E-commerce directive and formation of contract in a comparative perspective*. I: Legal aspects of electronic commerce. København 2001, s. 31-57

Trzaskowski, Jan. *Direktivet om elektronisk handel*. I: UfR 2000 B s. 643

Retningslinjer:

De nordiske forbrukerombudenes standpunkter til handel og markedsføring på internett.

Forbrukerombudets retningslinjer for e-handel.

Lover:

Lov 1687-04-15 nr 00: Kong Christian Den Femtis Norske Lov

Lov 1972-07-16 nr 47: Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven)

Lov 1985-06-21 nr 82: Lov om kredittkjøp m.m.

Lov 1988-05-13 nr 27: Lov om kjøp

Lov 1989-06-16 nr 63: Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere.

Lov 1989-06-16 nr 69: Lov om forsikringsavtaler.

Lov 1992-07-03 nr 93: Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova).

Lov 1995-08-25 nr 57: Lov om pakkereiser (pakkereiseloven).

Lov 1997-06-13 nr 43: Lov om avtaler med forbrukar om oppføringar av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova).

Lov 1999-03-26 nr 17: Lov om husleieavtaler (husleieloven).

Lov 1999-06-25 nr 46: Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven).

Lov 2000-12-21 nr 105: Lov om opplysningsplikt og angrerett m.v. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted. (angrerettloven)

Lov 2002-06-21 nr 34: Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Lov 2003-05-23 nr 35: Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven)

Norske forarbeider:

Ot.prp.nr 80 (1986-1987) Kjøpsloven

NOU 1993:27 Forbrukerkjøpslov

Ot.prp.nr. 34 (1994-1995) Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (endringslov)

Ot.prp.nr. 36 (1999-2000). Om lov om opplysningsplikt og angrerett mv. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted (angrerettloven)

Ot.prp.nr.31 (2002-2003) Om lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester

Danske forarbeider:

Forslag til Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel, 2001/2 LSF 61

Svenske forarbeider:

Den svenske regerings proposition. 2001/02:150

Lagrådsremiss. Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster med mer. Stockholm, 7. februari 2002.

Norske dommer:

Rt. 1994 s. 1089

Rt. 1998 s. 1078

Norske avgjørelser:

Markedsrådet sak 1/02: FO – Dansommer AS

Danske dommer:

Ufr 1985.877 DaHR

Ufr 1991.43 DaHR

Danske avgjørelser:

Forbrukerklagenævnet. Sag 2001-4012/7-1077

EU-dokumenter:

Ep/Rdir/ 2000/31/EF: Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2000/31/EF, om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, herunder særskilt elektronisk handel, på det indre marked.

COM (2003) 702: Første rapport om anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked ("direktivet om elektronisk handel")

EU-dommer:

Sag 14/83. Sabine Von Colson og Elisabeth Kamann mod Land Nordrhein – Westfalen.

Sag 382/87 Straffesag mod R. Buet og Sarl educational busines services

Sag 68/88. Kommissionen mod den hellenske republikk

Sag C-382/92 Kommissionen mod Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland.

Sag C-16/94 Edouard Dubois et Fils sa og General Cargo Services sa mod Garanor Exploitation sa. Saml. 1995 I-2421

Sag C-180/95. Nils Draehmpaehl mod Urania Immobilienservice OHG

Elektroniske kilder:

Justisminister Däubler-Gmelin. *Bundesministerium der Justiz* [online]. Talen til den tyske Justisministeren ved fremsettelsen av gjennomføringen av direktivet i tysk rett. Tilgang: www.Bmj.bund.de/misc/2001/m_07_01.htm. [Sitert 6.4.04]

Forbrukerombudet. *E-handel – sammendrag av praksis m.m.* [online] Tilgang: www.forbrukerombudet.no/assets/1036/e-handel_-_sammendrag_av_praksis.m.m..doc [Sitert 6.4.04]